PROCESSO E DEMOCRACIA

**Conferências realizadas na Faculdade de Direito
da Universidade Nacional Autônoma do México**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C141p Calamandrei, Piero.
Processo e democracia : conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México / Piero Calamandrei ; tradução Mauro Fonseca Andrade. 2. ed. rev. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018.
110 p. ; 23 cm. – (Clássicos do Direito Processual ; 1)
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-9590-036-3

1. Direito processual. 2. Democracia. 3. Justiça. 4. Juízes - Decisões. 5. Processo civil. 6. Motivação (Direito processual). I. Andrade, Mauro Fonseca. II. Título. III. Série.

CDU 347.91/.95
CDD 347.05

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito processual 347.91/.95

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 10/1507)

PIERO CALAMANDREI

PROCESSO e DEMOCRACIA

Conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México

Tradução
Mauro Fonseca Andrade

2ª EDIÇÃO
– revista –

Porto Alegre, 2018

Nota sobre o texto e sua tradução

O texto utilizado em nossa tradução foi a versão original publicada em 1954 pela *Casa Editrice Dtt. Antonio Milani* (CEDAM),[1] e procuramos nos manter fiéis à forma como Piero Calamandrei ali expôs seu pensamento, seja na linguagem utilizada, seja na forma de pontuação empregada.

Assim, a impressão que o leitor terá, se se deixar levar pela linguagem utilizada pelo autor, é que está diante de uma verdadeira conversa sobre temas ligados a processo e democracia, em lugar de estar simplesmente absorvendo a doutrina de um dos grandes nomes europeus do direito processual, como quem lê um manual. Aliás, ninguém menos que o próprio Piero Calamandrei deixou claro, em seu *Prefácio*, que essa era a sua intenção. Por isso o leitor brasileiro sentirá esta sensação de ter, assim como os alunos mexicanos do longínquo ano de 1952, diante de si, um dos maiores processualistas para uma conversa informal.

A escolha dessa obra se deveu ao fato de ela ser atemporal por trabalhar temas que atravessam gerações sem perder sua capacidade de influenciar todos aqueles que possuem o privilégio de se aproximar das ideias desenvolvidas por Calamandrei neste precioso livro. Tanto é verdade que após esta tradução, a obra passou a ser utilizada como bibliografia de base em diversas instituições de ensino, seja na graduação ou pós-graduação.

Por fim, a tradução ficou a cargo de Mauro Fonseca Andrade, que já realizou, anteriormente, a tradução de dois textos da Inquisição Espanhola: as instruções de Tomás de Torquemada (*Copilación delas Inftructiones del Officio dela fancta Inquificion, hechas por el muy*

[1] Na década de sessenta do século passado, a obra foi traduzida para o espanhol. Assim, vide: CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Conferencias Pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tradução de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: EJEA, 1960.

Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos e feñoríos de Efpaña, de 1532) e as instruções de Fernando de Valdés (*Copilación delas Inftructiones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinhentos y fefenta y un años*, de 1561).[2] Quanto à sua revisão, ela ficou a cargo de Deise Quintana de Souza, bacharela e mestre em Letras pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, possuindo *Master in Didattica dell'italiano pela Ca'Foscari di Venezia*, e também sendo Tradutora Pública.

---

[2] ANDRADE, Mauro Fonseca. *Inquisição Espanhola e seu Processo Criminal. As Instruções de Torquemada e Valdés*. Curitiba: Juruá, 2006.

Sumário

Apresentação

Darci Guimarães Ribeiro[3]
Mauro Fonseca Andrade[4]

PROCESSO E DEMOCRAZIA, UM MARCO NA LITERATURA INTERNACIONAL

Já conhecido e reconhecido como um dos grandes juristas europeus, Piero Calamandrei foi convidado por seu amigo Niceto Alcalá-Zamora y Castillo – outro ícone do direito processual de sua época – a participar de um curso de inverno na Cidade do México, no longínquo ano de 1952. Aceito o convite, as palestras (ou *conferências*) por ele ministradas foram marcadas por uma enorme descontração e interatividade com seu público, sendo que o sucesso de sua participação naquele evento motivou-o a eternizá-las, dois anos depois, com a publicação da obra *Processo e Democrazia*.[5]

Em uma visão ampla, é possível afirmar que Piero Calamandrei dedicou sua estada na Cidade do México à teoria geral do processo, tratando de temas que envolviam costumes judiciais, a formação da convicção judicial, a motivação da sentença, a independência do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, a relação entre dialética e contraditório, liberdade, igualdade e direito de defesa. Mesmo assim, apesar de abordar temas que, por vezes, podem ser considerados muito distantes um do outro, o ponto em comum dado por nosso

[3] Pós-Doutor em Direito Processual Constitucional pela *Università degli Studi di Firenze*. Doutor em Direito pela *Universitat de Barcelona*. Especialista e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor Titular de Direito Processual Civil da UNISINOS e da PUC/RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado).

[4] Pós-Doutor em Direito Processual pela UNISINOS. Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona/Espanha. Promotor de Justiça/RS. Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), integrante de seu Programa de Pós-Graduação (mestrado). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

[5] *Processo e Democrazia*, Padova: Cedam, 1954.

autor, como forma de permitir aos seus ouvintes identificarem uma linha clara de raciocínio por ele seguida, foi a referência constante não só a questões de ordem política, mas à própria democracia. E nem poderia ser diferente, em razão da sua própria história de vida, que lhe rendeu mais de uma dezena de homenagens biográficas após sua morte.[6]

Filho de um político, advogado e professor livre-docente de direito comercial, Piero Calamandrei herdou do pai o gosto por todas essas atividades profissionais. Como político, representou o *Partido da Ação* na Assembleia Constituinte italiana, entre 1944 e 1948, até que fosse aprovada a primeira Constituição democrática de seu país. Além disso, foi eleito Deputado, em 1948, pelo partido *União Socialista*, e fundou o partido *União Popular*, em 1953. Como advogado, foi um dos mais notáveis de sua época. Como professor, destacou-se não só pela cátedra de direito processual civil, mas também pela de direito constitucional, o que, aliás, lhe rendeu o apelido, entre os seus alunos, de *"a Constituição que caminha"*.

Esse seu profundo engajamento na luta pela democracia não era resultado somente das lições de casa, que o pequeno Piero ouvia de seu pai. Calamandrei foi combatente na I Guerra Mundial, na qual, mesmo alistando-se como voluntário, alcançou o posto de Tenente-Coronel, e, já homem maduro, deparou-se com o fascismo em seu país, aniquilando todos aqueles valores pelos quais lutara, física e intelectualmente, décadas antes. É por isso que a invocação à democracia, quando da abordagem a diversos institutos jurídicos ou formas de atuação profissional, foram uma constante em sua vasta produção acadêmica, e não só em sua estada no México.

O que se poderia questionar é: o que uma obra com mais de 60 anos poderia trazer de novo ao nosso atual cenário nacional?

Como não poderia deixar de ser, a promulgação da Constituição Federal, em 1988, trouxe, como consequência, a necessidade de uma

[6] Entre tantas, podemos citar: CAPPELLETTI, Mauro. *Piero Calamandrei*. In: Revista de la Facultad de Derecho de México, 1956, nº 24, e *In Memoria di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1957. LAGORIO, Lelio. *L'attualità del pensiero politico de Piero Calamandrei*. Firenze: Olschki, 1976. REDENTI, Enrico. *Piero Calamandrei*. Roma: Accademia Nazionale di Lincei, 1962. SATTA, Salvatore. *Interpretazione di Calamandrei*, soliloqui e coloqui di un giurista. Padova: CEDAM, 1968. DENTI, Vittorio. *Giudicci e avvocati nell'opera di Piero Calamandrei. La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. GALANTE GARRONE, Alessandro. *Calamandrei*. Milano, 1987. BOVERO, Michelangelo. *Calamandrei y la constitución democrática*. In: La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México: Marcial Pons, 2008, t. I. Em âmbito nacional, citamos: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Piero Calamandrei. Vida e Obra: contribuição para o estudo do processo civil*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

releitura de, praticamente, toda nossa legislação infraconstitucional. Não por outro motivo, poucos anos depois, foi-nos apresentado um novo Código Civil, e reformas pontuais se fizeram necessárias para a adequação de outros tantos diplomas legais à nova matriz constitucional. A tal ponto chegou essa necessidade de releitura da legislação que, recentemente, outro diploma de grande porte foi totalmente reescrito, o que nos levou a ter um novo Código de Processo Civil. Além disso, também temos um projeto de Código de Processo Penal que aguarda, desde 2009, uma definição por parte de nosso Congresso Nacional.

Inicialmente, as alterações legislativas se deram a partir de um claro choque entre o que previa expressamente nossa Constituição Federal e a norma infraconstitucional. Superadas as afrontas mais visíveis, outras tantas alterações foram propostas, mas as sugestões de mudanças passaram a se embasar não mais na literalidade do que previa nossa Carta Maior. Agora, o fundamento para a revisão de nossa legislação passou a ser encontrado em *slogans* ou *bandeiras*, dentre os quais, sem grandes esforços, identificamos o *garantismo* (na esfera criminal) e o *constitucionalismo*.

O uso excessivo de ambos provocou um natural desgaste nesses *slogans*, constituindo-se em fator determinante para que uma nova bandeira passasse a figurar, principalmente, na defesa de reformas em nossa legislação processual civil e penal: a *democratização do processo* ou, simplesmente, a *democracia*. Contudo, as publicações nacionais vêm-se mostrando carentes de um apoio doutrinário de maior envergadura, como sustentação às teses reformistas que são propostas.

Em âmbito internacional, um dos primeiros títulos publicados, abordando os reflexos que a democracia produz(iria) no direito processual, foi justamente a obra de Piero Calamandrei, ora apresentada, sem, contudo, esquecer-nos da grandiosa convocação de Eduardo Couture, já na década de quarenta, quando escreveu seu clássico artigo sobre: *Las garantías constitucionales del proceso civil*.

Sua importância não reside no fato de ser entendida como a primeira e última palavra sobre o tema. Ao contrário, há trechos em sua obra, principalmente quando incursiona pelo direito processual penal, que causam arrepios aos mais ferrenhos defensores de um dos institutos tradicionalmente vinculados ao que seria um modelo de inserção democrática no processo penal. Referimo-nos ao momento em que nosso autor justifica a extinção do Tribunal do Júri, sob o argumento da ausência de motivação de suas decisões e de um atávico

vínculo à autotutela (vingança privada), em razão de um irracionalismo decisório instigado pelas sociedades antigas.

Por tudo isso, a obra *Processo e Democracia*, de Piero Calamandrei – que só agora chega ao leitor brasileiro –, é um marco na literatura processual, por permitir conhecer as bases sobre as quais foi assentada uma discussão hoje tão presente em nosso país.

CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O enlace do direito processual civil com as grandes questões do direito constitucional não é algo novo, como bem podemos constatar na clássica obra de Nicolò Trocker.[7] No Brasil, contudo, o tema ganhou acentuado relevo somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, já que as constituições anteriores se ocupavam pouco do processo.[8]

Esta perfeita simbiose entre o direito processual e a Constituição produziu, de um lado, uma maior infiltração dos valores constitucionais na interpretação dos textos processuais e, de outro, culminou na criação do autônomo ramo da ciência do processo chamado *direito processual constitucional*.[9]

A infiltração dos valores constitucionais no processo foi tão significativa que acabou por moldar toda a estrutura metodológica do novo Código de Processo Civil, promulgado em março de 2015, na medida em que inovadoramente cria, no primeiro capítulo, *As Normas Fundamentais do Processo Civil,* que servirão de parâmetro interpretativo para todos os demais artigos ali previstos. Por vez primeira no direito brasileiro, esta metodologia é empregada na realização de

[7] *Processo civile e costituzione*, Milano: Padova, 1974. Para uma análise mais detalhada das origens entre o direito processual e a constituição, mais especificamente no que hoje denominamos *jurisdição constitucional*, ver FALCÓN, Enrique. El Derecho procesal constitucional. In: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit., p. 439 e ss.

[8] Neste exato sentido, MOREIRA, Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, ob. cit., t. X, p. 159 e ss.

[9] Sobre o assunto, convém destacar o assentado por RIBEIRO, Darci G., quando diz: "*Este novo ramo do Direito Processual, mais do que permitir o enlace entre Processo e Constituição, revela uma mudança paradigmática na forma de conceber o próprio Direito Processual que passa a ser visto não mais como um simples instrumento de realização do ordenamento jurídico (concepção objetiva) ou dos interesses em conflito (concepção subjetiva), mas como um Direito Fundamental. Esta nova postura permite aos operadores do direito (re)interpretar os institutos processuais à luz da Constituição*", A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais. In: *Direito Processual Civil: as reformas e questões atuais do direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 138, nota de rodapé 2, também publicado no libro do autor: *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77 e 78, nota de rodapé 252.

um código para permitir uma autêntica e verdadeira harmonia com a Constituição Federal. Tanto é assim que, na exposição de motivos do novo CPC, o primeiro objetivo que moldou os trabalhos da comissão foi "*estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal*".

Como resultado desta preocupação, surgiu a primorosa redação do artigo primeiro, segundo o qual: "*O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*".

Nesse diapasão, já foi destacado, há muito tempo, o valor do processo na efetiva construção da democracia, quando se concluiu que: "*A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valoroso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia. É através dele, o processo, que 'os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade*".[10]

Eis as singelas razões pelas quais esta obra de Piero Calamandrei é imprescindível para todos aqueles que queiram compreender adequadamente o novo CPC, e dele extrair interpretações mais condizentes com os verdadeiros valores da nossa Constituição Federal.

---

[10] RIBEIRO, Darci Guimarães. *O papel do processo na construção da democracia: Para uma nova definição da democracia participativa*. In: Revista Brasileira de Direito Processual Civil, 2009, nº 65, p. 66, também publicado no livro *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*, ob. cit., p. 106.

Prefácio

Este livro reúne o pequeno curso de seis conferências, por mim pronunciadas em fevereiro de 1952 na Cidade do México, na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma,[11] que me concedeu a honra de ser convidado como conferencista estrangeiro nos cursos de inverno daquele ano.[12] São conferências destinadas a um público variado, em lugar de lições rigidamente escolarizadas. Muitos dos temas que aparecem singelamente esboçados, se houvessem sido objeto de exauriente trato científico, necessitariam de maior aprofundamento e aporte doutrinário; mas preferi deixá-las em sua versão original, inclusive mantendo algumas frases ocasionais, porque isso, com seu estilo não pedante e discursivo, faz-me reviver a recordação daquele auditório lotado e muito atento, que, desde o primeiro dia, seguiu a este conferencista com mostras de amigável compreensão e concórdia.

Cheguei ao México com medo de que, falando em italiano, não seria compreendido pelos ouvintes: e, para prevenir este perigo, o professor Niceto Alcalá Zamora y Castillo, titular da cátedra de direito processual civil na Faculdade mexicana (insigne e caro amigo, que, na minha estada no México foi – mais que um apresentador – o meu anjo da guarda), havia sugerido de antecipar, a cada conferência minha, um breve sumário do tema, que ele mesmo traduziria ao

---

[11] A Universidade Nacional Autônoma do México, fundada em 1553 por ordem de Carlos V e com todas as prerrogativas e privilégios da Universidade de Salamanca, possui uma controvérsia com aquela peruana de Lima, em relação a qual delas é a mais antiga Universidade americana. O IV Centenário de sua fundação foi celebrado com grande solenidade pela Faculdade de Direito em 5 de junho de 1953 (cfr. *IV Centenario de la Facultad de derecho, 1553-1953. Actos Commemorativos*, O. N. A. M.).

[12] Estes *cursos de inverno*, que, a partir de 1930, são organizados todo o ano nos meses invernais, no intervalo entre os dois semestres do calendário acadêmico, objetivam ao aperfeiçoamento científico, e são, por isso, destinados não só aos estudantes, mas também aos profissionais. Com cursos breves de conferências sobre temas especialmente escolhidos ano a ano, são ministrados por professores mexicanos e estrangeiros, convidados por seu especial conhecimento sobre a matéria (programa dos cursos do ano de 1952, no fascículo: Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho: *Cursos de invierno de 1952*, México, Imprenta Universitaria, 1952).

espanhol a título de introdução. Mas depois, ao final da primeira conferência, advertimos que essa precaução era supérflua, pois o auditório, do qual assiduamente fizeram parte, com paciência benevolente, os muitos e eminentes magistrados, professores e advogados da cidade, demonstrou, desde logo, não só entender perfeitamente, em cada alusão e em cada matiz, o meu italiano, mas também de possuir um conhecimento superior de toda a literatura jurídica europeia e, especialmente, da italiana, inclusive, recentíssima, a ponto de me deixar maravilhado e comovido.

Um gentil costume mexicano (e, creio eu, também espanhol) exige que, quando o hóspede estrangeiro ingressa em uma residência, o chefe da casa o receba na porta da frente com estas palavras: "Esta é sua casa"; e, desde que cheguei ao México, eu já tive a impressão de me encontrar em minha casa, não só pelas primorosas atenções pessoais das quais minha esposa e eu fomos cercados desde nossa chegada, mas também pela perfeita consonância da cultura, a ponto de dar um sentido quase de parentesco e de familiaridade intelectual, como somente pode existir, apesar de o idioma ser diverso, entre estudiosos que tivessem tradições espirituais comuns e ideais comuns de civilidade.

Bastou a primeira conferência e as amigáveis conversações que a ela se seguiram desde o primeiro dia, para me fazer compreender que, por meio da consulta quotidiana às obras dos juristas italianos, o pensamento jurídico mexicano está em contínuo contato com a nossa doutrina. Os tratados dos nossos maiores mestres dos últimos sessenta anos (civilistas, comercialistas, penalistas, processualistas) foram traduzidos ao espanhol e citados nas aulas e no foro como textos clássicos; também as obras monográficas dos juristas contemporâneos, inclusive dos mais jovens e dos muito jovens, são não só conhecidas, mas estudadas no texto original e valoradas como merecem. Ao conversar não só com os colegas da Faculdade mexicana, mas também com magistrados e com advogados não catedráticos, fui questionado sobre juristas italianos que ainda vivem, como se os meus interlocutores os conhecessem em pessoa ("por que o tal civilista não escreve há tantos anos?"; ou então, "quando o tal outro processualista se decidirá a publicar o segundo volume daquela obra que ficou interrompida?"; e assim foram).

Encontrei nas bibliotecas americanas, não somente nas públicas, mas, sobretudo, naquelas amavelmente reunidas por bibliófilos privados, a seção italiana atualizada como raramente se encontra nos escritórios de nossos advogados. Existe na Cidade do México, entre

tantos, um jurista de grande valor, o advogado Alberto Vásquez del Mercato, que, da nossa literatura jurídica, conhece e adquire tudo: "tudo", digo eu, até os apontamentos litografados de nossas aulas universitárias, e, para conseguir uma cópia, está disposto a qualquer sacrifício. Foi ele quem revelou ao México muitas obras jurídicas italianas mais recentes, e todos os juristas italianos deveriam agradecer a este amigo longínquo, que, sem o seu conhecimento, atua como intermediário de nosso doutrinador do outro lado do oceano, e agradecer-lhe, e a outros como ele, que suprem, com sua paixão de estudiosos, a falta de uma livraria italiana na Cidade do México, falta deplorável e inutilmente lastimada, reveladora do espírito das autoridades italianas, que deveriam ter a função de cuidar da difusão da nossa cultura no exterior.[13]

Muitos de nossos jovens estudiosos, ainda nas primeiras armas, se soubessem como já são apreciados e do seu volume de leitores na América Latina, ficariam muito orgulhosos, mas não cito nomes para evitar que se percam pela soberba. Mas, talvez, mais que ficarem orgulhosos, compreenderiam o peso da responsabilidade decorrente de serem herdeiros de uma tradição gloriosa dos estudos jurídicos, como a italiana.

Somente no México pude medir quanto, fora da Itália, e especialmente na América Latina, é o prestígio dessa tradição, que, se tem sua mais remota fonte na glória do direito romano, revive e se enriquece na doutrina do direito comum, a qual as legislações ibero-americanas se remontam ainda hoje como a fonte permanentemente viva e atual da sabedoria jurídica.[14] Remontando exclusivamente ao mérito desta tradição, eu pude entender o justo significado dessa honraria, apesar de desproporcional ao mérito da pessoa, que me concederam nessas três semanas de permanência no México, que foi prestada não ao homem em si, mas a um representante dessa vocação jurídica que, irradiando da Itália, tem sido uma das forças criativas da civilidade mundial. Este sentimento de descendência do único tronco doutrinário do direito comum está vivíssimo entre os juristas

---

[13] Não esqueci, assim que cheguei do México, de dar conhecimento dessa vergonha às nossas autoridades ministeriais (tive um encontro com o senhor Taviani, então subsecretário das Relações Exteriores) e a diversos editores italianos. Enquanto na Cidade do México existiam florescentes livrarias francesas e inglesas, os livros italianos, se alguém os procura, devem importá-los da Itália, com complicadíssimas e supérfluas formalidades alfandegárias. Uma senhorita da colônia italiana me falou que, para obter uma cópia dos *Promessi Sposi*, havia tido que importar a obra, e a estava esperando fazia seis meses! (Não tenho conhecimento se, de março de 1952 até a presente data, esta vergonha haja cessado).

[14] Cfr., E. T. Liebman, *Istituti del dir. comune nel processo civile brasiliano* (*in* "Studi in onore di Redenti", vol. I), p. 581 e segs.

mexicanos; quando eles vêm à Itália, disseram-me, nunca deixam de ficar mais tempo em Bolonha para visitar as sepulturas dos Glosadores, como quem vai peregrinar a um santuário.

* * *

Da minha estada no México, devo ser grato, antes de tudo, ao reitor da Universidade, que, naquele período, era o professor de direito penal, doutor Luis Garrido, ao diretor da Faculdade de Direito, professor Mario de la Cueva, eminente estudioso do direito do trabalho, aos professores Virgilio Domínguez e Oscar Morineau, que concorreram entre si nos esforços em tornar sempre mais encantadora minha permanência entre eles. Mas o interesse dos juristas mexicanos pela ciência jurídica italiana não se manifestou somente por assistirem amavelmente às conferências por mim realizadas na Universidade, mas também por uma série de visitas e recepções promovidas por institutos culturais, academias e autoridades públicas. Fui convidado pela Escola Livre de Direito para falar da nova Constituição italiana, e pelo Ateneo Espanhol e pela União dos Professores Universitários Espanhóis no Exterior, a expor sobre um tema que, para os professores espanhóis no exílio, é ainda de dolorosa atualidade: "Experiências sobre o Advento e a Queda do Fascismo na Itália".

Na sede da seção mexicana da Sociedade Dante Alighieri, reuniram-se três Academias Jurídicas para fazer uma recepção solene em homenagem à ciência jurídica italiana: a Academia Mexicana de Legislação e Jurisprudência, presidida pelo prof. Antonio Pérez Verdía, a Academia Mexicana de Direito Processual, presidida pelo magistrado prof. Gabriel García Rojas, presidente da Seção Civil da Suprema Corte, a Academia Ítalo-Mexicana de Estudos Jurídicos, presidida pelo prof. Luis Chávez Hayhoe. Por ocasião da minha presença, foram conferidos diplomas de homenagem não somente a mim, mas também aos professores italianos Redenti, Carnelutti e Liebman; e, nos discursos que o professor Alcalá-Zamora e o presidente Garcia Rojas dirigiram ao hóspede, o nome mais frequentemente pronunciado, como reconhecimento pela contribuição que a ciência italiana aportou ao estudo do direito processual, foi o de Giuseppe Chiovenda.

Outras tantas manifestações de cordialidade vieram da Magistratura: o Governador e os magistrados de Toluca, capital do Estado do México, convidaram-me, com grande solenidade, a falar na sua cidade sobre relações entre os juízes e os advogados. E na Cidade do México me foi dada a máxima honra pela Suprema Corte da Nação, que é o mais alto grau da Justiça Federal, por quem fui convidado a

assistir oficialmente, sentado ao lado do presidente da Seção, García Rojas, a uma audiência civil, onde pude, com grande interesse, acompanhar o desenvolvimento daquela discussão pública da decisão a ser tomada, que é uma das instituições mais singulares do procedimento mexicano. Ao final da audiência, a qual eram convidados também os presidentes das outras Seções, o presidente da Seção Penal, prof. Teofilo Olea y Leyva, dirigiu-me elevadas palavras de saudação, recordando que um dos elementos dos quais se compõe a essência do espírito mexicano é o amor pela "nossa genealogia latina que se une perfeitamente à nossa cultura hispânica". E, ao final, o presidente García Rojas recordou, do alto do lugar que ocupava, que, como ao tempo das opiniões dos grandes doutores do direito comum, também hoje, pela jurisprudência das Cortes mexicanas, têm apresentado importância decisiva as opiniões da doutrina jurídica italiana contemporânea, e citou um caso judicial recente, decidido por sua Seção, no qual a solução de uma difícil controvérsia envolvendo coisa julgada foi tratada a partir da noção de "coisa julgada hipotética", presente nas *Instituzioni*, de Giuseppe Chiovenda.

* * *

Depois de três semanas de estada, deixei o México com profunda lástima, e o sentimento de afeto e de admiração por esse país único, no qual não se atenuou a consciência de um grande passado que serve de estímulo para impulsionar as conquistas civis do amanhã; não se atenuou, e se enriqueceu de uma veia de nostalgia. Por isso, publicando hoje estas conferências, eu quis deixá-las imutáveis como foram pronunciadas; especialmente, eu quis manter na conferência de encerramento a saudação final de despedida, tal como brotou do coração, quando um grupo de colegas veio me oferecer, como testemunho das tradicionais relações ítalo-mexicanas, um precioso tesouro bibliográfico, que é a primeira edição italiana da *Storia Antica del Messico*, do jesuíta mexicano Francesco Clavigero, que, desterrado pelo México, a escreveu em Bolonha, entre os anos 1770 e 1779, e começou a publicá-la em 1780 na editora de Gregorio Biasini, editor de Cesena.[15]

[15] Os sete colegas mexicanos que me presentearam com essa edição rara fizeram a seguinte dedicatória: "*Este livro, escrito na Itália por um mexicano, foi pensado no México. O autor viveu como exilado os últimos anos de sua vida em Bolonha. Aceite este presente como vivo testemunho de nossa amizade*". A primeira edição italiana foi utilizada para a tradução espanhola, que continuou até a sétima edição, publicada no México em 1917. Somente nestes últimos anos foi descoberto o manuscrito original em língua castelhana, publicado em 1945 na belíssima *Colección de escritores mexicanos*, da Casa editorial Porrua (coleção de mais de 60 volumes, que, durante minha estada no México, foi-me presenteada pelo prof. Pablo Macedo).

Regressei desta viagem ao México com a consciência de que os juristas ibero-americanos e os juristas italianos possuem uma grande tarefa em comum a executarem conjuntamente no campo dos estudos jurídicos: e, se o tempo me permitir, proponho-me a dar a esta ideia, junto à Universidade de Firenze, um início de execução.

Tendo por base a Constituição Mexicana, da qual, depois de um período de sobressaltos revolucionários, vai gradualmente se desenvolvendo, por obra dos juristas, uma sempre mais perfeita e pacífica legalidade democrática, estão as mesmas premissas de liberdade e de justiça social, que deveriam ser as forças motrizes também da Constituição italiana. Muitos dos problemas políticos e sociais que a democracia italiana está em via de resolver, encontram precedentes dignos de estudo e de confronto na história mexicana destes últimos quarenta anos e na legislação originária da revolução: no campo do direito do trabalho, do direito agrário, do direito de mineração, o México está à frente das legislações modernas. O seu direito matrimonial, as suas leis sobre relações entre a Igreja e o Estado mexicano merecem atenta consideração.

Também no campo do direito processual, que é aquele do qual me ocupei mais proximamente durante minha viagem, existem no México institutos originais que talvez possam ensinar alguma coisa aos legisladores processuais europeus, como a discussão pública da sentença, que, sob certos aspectos, é preferível ao nosso sistema sigiloso da Câmara do Conselho, ou como o originalíssimo recurso à Suprema Corte federal, denominado recurso de amparo, do qual os magistrados mexicanos se orgulham com razão, e que reuniu, em si, a garantia da liberdade dos cidadãos, as funções que, no nosso ordenamento, são confiadas a três diferentes institutos: ao recurso de Cassação, ao recurso ao Conselho de Estado e ao recurso à Corte constitucional por violação da Constituição.

Ao publicar estas conferências, que, juntamente com esta edição italiana, também haverá no México uma edição espanhola aos cuidados do prof. Alcalá Zamora, desejo que, entre os processualistas italianos e aqueles hispano-americanos, não me refiro a relações já existentes, mas que se reforcem e sejam sempre mais operosas que aquelas já existentes.

Aquele fervor das pesquisas, pelo qual os estudos do processo civil floresceram na Alemanha na segunda metade do século XIX e que, depois, sobretudo pelo mérito de Giuseppe Chivenda, se transferiram para a Itália nos primeiros trinta anos deste século, atualmente passou a animar os processualistas da América Latina, também

por mérito dos estudiosos no exílio que, expulsos das suas pátrias europeias nos trinta anos de terror fascista, encontraram refúgio e liberdade de estudo na América Latina (entre estes, o nosso Liebman), os estudos de direito processual são enormemente valorados entre os juristas ibero-americanos. Numerosos são os locais deste renascimento: no Brasil, onde está em vigor, desde 1939, um Código de Processo Civil que se inspira diretamente na doutrina de Giuseppe Chiovenda;[16] na Argentina, onde o professor Hugo Alsina, renovador dos estudos processuais civis de seu país, criou, com a *Revista de Derecho Procesal* por ele fundada, um instrumento científico que está, juntamente com as mais renomadas revistas científicas europeias (e, com ele, não se pode esquecer o doutor Santiago Sentis Melendo, secretário de redação, incansável divulgador, com suas belíssimas traduções espanholas, das obras jurídicas italianas na América Latina);[17] no Uruguai, onde o privilegiado intelecto de Eduardo Couture abriu, ao estudo do direito processual, novos horizontes; no México, onde eu mesmo, com a experiência de que são testemunhas estas páginas, vi a paixão com que são cultivados os estudos de direito processual, para o incremento dos quais se sente a necessidade de criar também uma especial Academia.

De todos esses países, o mais próximo à Itália, por afinidade dos problemas, é talvez o México, onde o fervor pelos estudos processuais foi reavivado ainda mais, nestes últimos decênios, pela contribuição científica dos professores exilados da Espanha – a flor fora das Universidades espanholas –, que a Universidade mexicana acolheu com fraterna generosidade, e entre os quais se sobressai, no campo do direito processual, aquele grande mestre de conhecimento e coerência moral, que é Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

O México é atualmente um país que respeita a liberdade, onde o povo está a caminho, por meio da democracia, de uma redenção social: por isso, no México, os juristas podem acreditar ainda no direito. Este certo ceticismo, que outra vez se questiona na Europa sobre a utilidade social dos juristas, não é concebível na República federal mexicana, onde aquele estímulo de renovação jurídica que decorre da consciência de uma revolução social recentemente ocorrida não se observa (se as minhas impressões não me enganaram) aquela divisão entre legalidade e justiça que, às vezes, torna estéril e cansativa

---

[16] Cfr. A. Levi, *Il nuovo Codice brasiliano di procedura civile*, *in* "Riv. di dir. proc. civ.", 1941, p. 353; O. Da Cunha, *Comunicazione al Congresso int. di dir. proc. civ. tenunto a Firenze nel 1950* (*in* "Atti" deste mesmo Congresso, Padova, 1953), p. 194.

[17] Cfr. a comunicação de Niceto Alcalá Zamora, *Aportación hispánica a la difusión de la sciencia procesal italiana*, *in* "Atti del congr. internaz. di dir. proc. civile" (Padova, 1953), p. 173 e seg.

a obra do jurista na Europa. Jurista que é ainda considerado no México (e, também, por esta razão, atribuo o calor da acolhida que me foi dada) como o apóstolo da justiça social e da redenção humana.[18]

Tenho ainda no coração as palavras com que o presidente Teofilo Olea y Leyva, no recinto da Suprema Corte, encerrou seu discurso de saudação ao hóspede italiano, expressando a esperança que, no México, eu me encontrasse como em minha própria casa: "*... creemos que se ha encontrado comodamente en México, ya que, como en su propia casa de Roma, se respira y alienta el mismo ambiente que en esta pátria, endonde estamos luchando constantemente por lograr un régimen que sea, dentro de nuestras humanas imperfecciones, cada vez de mayor libertad y de mejor justicia*".

Isso, de fato, caros amigos mexicanos, é, também no campo do processo, o ideal pelo qual trabalham os juristas italianos: "melhor justiça através de uma maior liberdade".

[18] No discurso comemorativo ao IV Centenário da Faculdade de direito, o presidente, prof. Mario de la Cueva, advertiu que "*el jurista del futuro debe ser eternamente jóven y enamorado de su ideal que es un mundo y un derecho mejores*".

— I —

Direito processual e costume judicial

1. Fundamento racional das normas de direito processual

Certa vez, conversando em aula com meus alunos, fiz a observação que, em sua essência, o direito processual, civil ou penal não é senão um método (e a ciência processual, uma metodologia) imposto pela autoridade para se chegar à justiça: um método de raciocínio, preestabelecido e ordenado pela lei, que as partes e os juízes devem seguir, etapa por etapa, segundo certa sucessão prescrita e coordenação dialética, para obter, ao final, uma sentença justa; e o processo não é senão uma "operação", conduzida segundo este método.

As regras do direito processual, olhando-as contra a luz, não são, em sua essência, outra coisa que máximas de lógica, de bom-senso e de habilidades técnicas traduzidas em regras obrigatórias. No fundo (dizia brincando aos meus alunos), não existe muita diferença, sob o aspecto lógico, entre o código de processo civil ou penal, que ensina como se deve "proceder" para obter justiça, e certos manuais de técnica elementar que ensinam "o procedimento" (também a palavra é a mesma) de qualquer arte ou de qualquer ofício, e que se intitulavam, por exemplo, "como cultivar rosas", "como ser um fotógrafo" ou "como fazer pesca submarina".

Então, um estudante me fez uma pergunta que poderia parecer ingênua, mas que era, em realidade, oportuna e inteligentíssima: – Por que, se todo o direito processual se reduz, em síntese, a máximas de lógica e de bom-senso, é necessário se esforçar tanto para estudá-lo e para transformar em leis rigorosas e em complicadas teorias aqueles princípios racionais, dos quais os homens são dotados pela natureza?

Em todas as horas do dia, os homens se deparam com questões que não podem ser resolvidas, a não ser em razão do raciocínio. A cada passo da vida surge uma dúvida e, com isso, um convite a raciocinar. Por que, em todos estes casos, os homens permanecem livres para raciocinar como lhes parece melhor, e o Estado não se encarrega de regular os seus raciocínios com preceitos obrigatórios?

Descobrir o verdadeiro autor de uma pintura antiga, da qual se discute a autenticidade; fazer um diagnóstico de uma doença mortal; criar uma grande empresa industrial; colocar em linha de produção uma grande descoberta científica. Esses são, na vida dos homens, entre tantos outros problemas e dúvidas que somente podem ser resolvidos com pesquisa e raciocínio. Em todos esses casos, os homens se sentam ao redor de uma mesa para indagar e raciocinar, juntando os seus esforços em busca da verdade. No debate, são colocadas duas razões opostas, as hipóteses se chocam com refutações, mas, ao final, com a livre discussão, a verdade vem à luz, a dúvida é superada, e o problema é resolvido. Por que o Estado não sente a necessidade de intervir para fixar o caminho da discussão e para garantir a ordem do debate? Ainda, também nestes casos, discutem-se questões importantes: como pode ser a vida de um homem ou mesmo a sorte política de um povo.

2. Necessidade de que o processo chegue sempre a uma decisão, ainda que a lógica comum não seja suficiente

É preciso encontrar a resposta à pergunta.

É verdade que o direito processual é, em síntese, uma técnica do bem argumentar em juízo, mas, se aqui a técnica é vigiada pelo Estado e imposta pela autoridade (e, por isso, as regras técnicas se transformam em normas jurídicas), isso se dá porque a meta final deste procedimento técnico é o cumprimento da atividade mais solene e mais alta do Estado, de qualquer função com que o Estado assegura a vida pacífica da sociedade: a justiça, que é *fundamentum reipublicae*.

A sentença também é obra da razão humana, e a lógica judiciária não é diferente da que os homens se servem para resolver racionalmente as questões práticas frente às quais a vida lhe apresenta. Mas, da decisão judiciária, embora ela também surja da razão dos homens, o Estado assume o seu monopólio e sua responsabilidade. Também a justiça é um produto da razão, mas de uma razão oficial, garantida pelo Estado.

Por isso, o Estado sentiu a necessidade de fixar, com um sistema de regras obrigatórias (o *corpus*, dentre os quais certamente está o direito processual), as fases e os mecanismos da técnica judiciária. Ele não pode permitir que as formas de fazer justiça, que comprometem a autoridade do Estado, fossem deixadas ao improviso e à multiforme fantasia individual, e quis assegurar, com esta tradução do regulamento em normas legais uniformes, que o método pelo qual se cumpre a mais augusta entre as missões do Estado – que é aquela da justiça – corresponda, em cada caso, à razão: uma razão de Estado, reduzida a operações obrigatórias e iguais para todos.

Se o direito substancial deve ser igual para todos, no sentido de que a lei geral e abstrata deve ser igualmente aplicada em concreto a todos os casos iguais, não é concebível que o procedimento técnico, que serve para aplicar a lei aos concretos casos controvertidos, se plasmem de modo diverso, segundo as diferentes destrezas das partes em disputa, e que o equilíbrio do contraditório seja perturbado, segundo os casos, pela prepotência do mais forte ou pela habilidade do mais astuto. O direito processual teve sua origem na necessidade que o Estado sentiu de intervir para garantir, como terceiro imparcial, a lealdade do enfrentamento e, posteriormente, quando o encontro das armas se transformou em contraste de argumentação, a lealdade do contraditório.

Por outro lado, é preciso considerar que, na lógica judiciária, diferentemente daquela que se verifica em qualquer outra matéria de discussão, a decisão é necessária. Não está proibido aos médicos, depois de uma longa discussão ao redor do leito de um enfermo, de encerrarem o debate com o honesto reconhecimento de que não é possível um diagnóstico seguro. No entanto, o juiz não pode finalizar o processo com um *non liquet*. Lá onde os métodos da lógica comum não conseguem resolver o problema e são obrigados a se deparar diante de um obstáculo, o método judiciário dá a receita para chegar à decisão a qualquer custo. Para alcançar a certeza das relações jurídicas – condição essencial de paz social – o Estado se serve normalmente das regras da lógica natural, codificadas no direito processual. Entretanto, o propósito do alcance é tão importante que, se a lógica natural não basta, o Estado está disposto também a deixá-la de lado para chegar a uma decisão. Precisamente para estes casos, considerados insolúveis pela lógica comum, o Estado cria, por força de engenhosos mecanismos processuais, uma espécie de lógica "artificial" ou "oficial", que serve para resolver todas as questões no julgamento.

3. A "racionalização do poder" no processo

Esta concessão do direito processual, considerado quase como uma "lógica codificada", faz vir à mente, por analogia, um fenômeno que chamou a atenção dos constitucionalistas nos primeiros anos após a primeira guerra mundial, e que Mirkine-Guetzévitch, a quem cabe o mérito de haver compreendido o significado desta tendência, definiu com a expressão, posteriormente tornada célebre entre os estudiosos, de "*tendance à la rationalisation du pouvoir*".[19] Em verdade, estudando as novas constituições de tipo parlamentar nascidas após a primeira guerra mundial nos Estados da Europa continental, era claramente visível a tendência de transformar em norma escrita codificada na carta constitucional aqueles princípios não escritos de técnica e de correção governamental, que no regime parlamentar inglês, tomado como modelo daquelas constituições, são confiados unicamente à prática consuetudinária e ao sentido de correção e de educação política dos governantes.

Agora, esta tendência à "*rationalisation du pouvoir*" que os constitucionalistas estudaram como um fenômeno recente no campo do poder legislativo e do poder executivo, é um fenômeno antigo no campo do poder jurisdicional. Há muitos séculos, talvez milênios, a transformação da técnica consuetudinária em direito codificado está em contínuo progresso no campo das instituições jurisdicionais. E o visível florescimento dos estudos processuais neste último século é o melhor testemunho desta gradual ascensão do "procedimento", compreendida como técnica de prática; à "sistemática" do processo, compreendida como ciência dos princípios racionais.

Toda a histórica do processo, das fórmulas do direito romano às posições do direito comum, desde os estatutos italianos aos costumes franceses, constitui, em síntese, até chegar às codificações, a história da transformação da prática judiciária em direito processual. Da *practica fori e dos stylus Curiae*, surgiu, pouco a pouco, um sistema arquitetônico de regras formais que, ainda que se tenha perdido toda aparente conexão com os motivos de conveniência técnica que lhe deram origem, não deixam, por isso, de ser a tradução, em fórmulas jurídicas, de experiências obtidas junto à razão comum. Basta pensar o modo com que, no direito intermédio, nasceu o sistema da prova legal e suas minuciosas tarifas de valoração probatória, para entender

[19] Cfr. deste autor, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, 2ª ed. Paris, 1936, capítulo I ; Idem, *Les constitutions européennes*, 1951, I, *Essai synthétique*, p. 14.

como, desde então, já havia iniciado no processo esta passagem gradual do pragmatismo (se pode dizer) ao racionalismo judiciário.

O motivo pelo qual este movimento de "racionalização" do poder havia iniciado no poder jurisdicional antes dos outros poderes de Estado é facilmente explicável. A justiça dos homens, para exercer na sociedade a sua missão clarificadora e pacificadora, teve necessidade (como é frequentemente revelado) não só de ser, mas de parecer justa. Os jurisdicionados, para submeter-se sem resistência, à terrível onipotência da justiça, devem acreditar resignadamente que o juiz seja um ser quase divino, diferentemente dos outros homens, provido de virtudes sobrenaturais que não admitem censura humana. Disso resulta o mistério quase religioso que circunda, na época primitiva, a decisão dos juízes, que seguem sentados no alto, em seus tronos, e cuja voz desce de longe (como a voz da Sibila invisível, que repercutia nas galerias da caverna). Daí também advém o caráter quase litúrgico ou espetacular do *ritus* processual, do qual restam ainda traços em certas solenidades cerimoniais e em certas manifestações antiquadas, como a peruca ou a toga, ou nas arquiteturas teatrais ou quase eclesiásticas de certas salas judiciárias.

Mas quando o juiz desce do céu para a terra, e vê-se tão de perto que ele também é um homem, então, para dar confiabilidade à sua sentença, começa-se a procurar, nos mecanismos cada vez mais precisos do procedimento, a garantia para se assegurar que esta seja, em cada caso, o produto – não do arbítrio – da razão.

Para o idioma italiano dos primeiros séculos, "razão" foi sinônimo de justiça: "dar razão" queria dizer fazer justiça. O prédio onde se administrava a justiça se chama, ainda hoje, em algumas cidades da Itália setentrional, o "Palácio da Razão". No antigo provérbio veneziano, que enumera ironicamente os requisitos necessários para vencer as lides, razão equivale a direito: "... ter razão; sabê-la expor; encontrar quem a entenda; e quem a queira dar".

Para aceitar sem rebelar-se, o jurisdicionado, também quando é injusta, é necessário, portanto, ou crer no valor litúrgico do processo e na inspiração divina da sentença, ou então, quando a justiça chega à terra, confiar no valor racional do julgamento. Desta fé iluminista na onipotência da razão nasce a ilusão de poder reduzir o processo, da função religiosa, a uma engrenagem de silogismos ou a uma simples operação matemática.

4. Importância do costume na vida constitucional

Em relação à eficácia prática deste movimento para a "racionalização" do poder, os mesmos constitucionalistas que, depois da primeira guerra mundial, haviam saudado o evento, hoje começaram a ficar céticos. O mais autorizado representante desta tendência, depois de haver observado o modo como funcionaram as constituições nascidas no primeiro pós-guerra, e haver assistido aos primeiros experimentos daquelas nascidas da segunda guerra mundial, parece hoje inclinado a reconhecer que a tentativa de aprisionar a vida política de um país, dentro de uma rígida armadura de normas racionais inscritas na constituição, seja uma ilusão e uma utopia. Nas mais recentes constituições europeias se quis traduzir em normas escritas a praxe parlamentar inglesa, esta "religião sem dogmas", típica pelo seu caráter irracional e pragmático, e pela sua irredutível elasticidade, que escapa a toda rigorosa geometria sistemática. Mas a experiência política deste último decênio já demonstrou que fórmulas constitucionais aparentemente idênticas deram, quando aplicadas a povos diversos, resultados profundamente divergentes. O sistema parlamentar inglês, levado às constituições da Europa continental, tornou-se irreconhecível, como uma árvore transplantada para outros climas. A experiência confirma que, mesmo por trás dos esquemas rígidos das constituições "racionalizadas", a vida política de cada povo continua a se desenvolver de acordo com seu ímpeto irracional, que a materializa sem levar em conta as receitas constitucionais preestabelecidas.

Nestes últimos decênios, surgiu na doutrina dos constitucionalistas, especialmente na França, um claro retorno à ideia que, na ordem das fontes do direito constitucional, o primeiro lugar corresponde aos costumes. Enquanto, anteriormente, atreveu-se apenas a reconhecer aos costumes uma eficácia simplesmente integradora da lei escrita, hoje se volta a repetir que " ... *sur le terrain du mécanisme politique, la coutume est presque tout*".[20]

Precisamente nestes anos, na Itália se teve uma instrutiva experiência, fruto da exatidão desse reconhecimento. A Constituição, escrita só no papel, não corresponde à realidade política: muitos institutos minuciosamente regulados pelas disposições da Constituição, como a Corte constitucional ou o ordenamento regional, ainda permanecem, passados cinco anos, em estado platônico dos desejos não

[20] Palavras escritas por Saleilles, em 1903, mencionadas por Prélot no prefácio ao vol. I da obra citada *Les constitutions européenes*.

realizados, mesmo que as fórmulas constitucionais permaneçam vivas, enquanto corra, dentro delas, como o sangue nas veias, a força política que as alimenta. Se esta diminui, atrofiam-se e morrem de esclerose.[21]

5. Importância do costume na prática judiciária

Um fenômeno similar se produz no processo.

Aparentemente, todo o direito processual está contido nos códigos, e, sobre a base do direito codificado, a doutrina levanta construções monumentais de conceitos, majestosos como catedrais góticas. No entanto, em realidade, o processo não é isso; *não é somente isso*.

Quando os bacharéis em Direito, recém deixando nossa Universidade, dão início à sua atividade forense no escritório de algum advogado, notam que, na prática, o processo se desenvolve de um modo totalmente diverso de como o estudaram em seus manuais. Nos gestos desordenados que veem nas salas de audiência, quando entram pela primeira vez, não chegam a reconhecer a arquitetura simétrica que haviam vislumbrado na douta palavra dos professores.

Lembro sempre o aviso de um velho empregado que eu, recém-formado, encontrei no escritório do meu pai, ao início da minha atividade profissional. Era quase analfabeto, mas, em cinquenta anos de atividade, tornou-se especialista em todas as pequenas astúcias dos corredores judiciários.

Entrava na minha sala e, vendo-me imerso em meio a pilhas de livros, sacudia a cabeça em sinal de compaixão, e me dizia com um suspiro: – Pobre senhor doutor! Não perca tempo em estudar ... Acredite em mim. O que conta é a prática!

"*O que conta é a prática*", eu rejeitava, então, com jovial desprezo as sugestões daquele velho inoportuno. Mas hoje, passados quarenta anos daqueles tempos, concordo que, escondida naquelas palavras modestas, estava uma grande verdade. Hoje, devo reconhecer que o processo, tal como está escrito no Código, não passa de um modelo vazio que, ao se traduzir em realidade, assume diferentes formas, segundo as diversas substâncias que colocam em seu interior. Tanto é assim que, de um mesmo modelo único, podem vir à tona, em diferentes circunscrições jurisdicionais do mesmo Estado, procedimentos dos mais variados tipos, que, embora todos pretendam ser fiel

[21] Cfr. CALAMANDREI, *Insensibilità costituzionale*, sul "Ponte", setembro, 1952.

concretização da mesma lei processual, possuem, entre eles, menor semelhança que aquela que possuem os filhos da mesma mãe.

Na Itália, mesmo depois da entrada em vigor do novo Código de processo civil (1942), o andamento prático dos processos varia, talvez de modo mais claro, de região para região. Em Milão, continua-se a seguir aquele procedimento consuetudinário que, derivado do nome de Santo Ambrósio, patrono da cidade, é chamado ironicamente de "*rito ambrosiano*". Em Nápoles, o processo, apesar de toda reforma, conserva, por inveterada tradição, uma bem reconhecível fisionomia local que, pelo paralelismo, pode-se denominar, pelo protetor São Genaro, "*rito genariano*". É a prática que, segundo as tradições locais, dá diverso desenvolvimento aos institutos escritos nas leis processuais. Em alguns, acrescentando sua importância; em outros, diminuindo-a, até colocá-las de lado e fazê-las cair no esquecimento.

No nosso Código, existem duas disposições, sobre as quais, por sua singularidade teórica, não deixam nunca de dar atenção os professores que se dedicam ao tema: o artigo 113, que concede às partes que fizeram acordo a possibilidade de transformar o juiz de direito em juiz de equidade; e o artigo 360, que concede às partes que fizeram acordo a possibilidade de impugnar, diretamente em cassação, *omisso medio*, a sentença de primeiro grau. Trata-se de duas inovações que ofereciam às partes um modo de abreviar e simplificar o processo. O legislador acreditava que estas simplificações encontrariam o favor dos práticos, mas foi uma ilusão. A prática ignorou estas inovações. Em dez anos, contados desde que o Código está em vigor, não creio que uma só vez as partes (ou os advogados) tenham acordado em pedir ao juiz que decidisse segundo a equidade ou em fazer uso do recurso de cassação *per saltum*, que permitiria evitar o recurso de apelação.

Assim, pode ocorrer que, certos institutos que são escritos na lei, na prática se atrofiam e desaparecem, e vice-versa. Na prática, podem aparecer modos de proceder que a lei escrita não conhece. Na Itália meridional, de Roma para baixo, é frequente, nos tribunais e nas cortes, a discussão da causa "*a portas fechadas*", enquanto, nos tribunais da Itália setentrional, a discussão, quando ocorre, sempre se dá em audiência, como prescreve o código (artigo 275).

Às vezes, a prática pode ir além. Pode, de forma insensível, transformar toda a orientação de uma reforma, e paralisar as intenções inovadoras com uma indiferente resistência, mais mortal que uma rebelião aberta. Repetidas experiências históricas demonstram que a

prática atua principalmente no sentido de retardar o andamento do processo, que no sentido de acelerá-lo, e de obstaculizar as reformas em que os legisladores tentaram lhe imprimir um ritmo mais veloz. Cada vez que uma lei, para corrigir a lentidão do processo ordinário, tentou introduzir um especial procedimento "*sumário*" para os casos mais urgentes, ocorreu que, insensivelmente, este procedimento, na prática, tomou o lugar do processo ordinário, mas, ao mesmo tempo, herdou as dilações, esquecendo aquelas características de rapidez que, na intenção do legislador, deveriam ser a sua típica virtude, e que lhe davam o nome. A prática tende a diminuir a rapidez, mas tende também a dificultar. Onde a lei previu os contatos simples e imediatos da oralidade *inter praesentes*, a prática tende a introduzir novamente as transmissões burocráticas da escritura *inter absentes*. A fase instrutória do processo civil, que, segundo o vigente Código italiano, deveria ser "*sempre oral*" (artigo 180), regride cada vez mais em razão da repugnância contra a oralidade, em que se colocam de acordo advogados e juízes, sobre a forma do processo escrito, até reduzir-se, na prática, a uma série de trocas de escritos entre os advogados. Outras transformações realizadas pela prática podem-se encontrar no processo penal, ainda mais gravemente subvertendo os princípios escritos na lei: como ocorreu, para dar um exemplo, com as investigações criminais para apurar os responsáveis pelas infrações penais, que, segundo o Código de Processo Penal, deveriam ser confiadas à magistratura, mas que, na prática destes últimos decênios, na Itália e na França, estão sendo assumidas, cada vez mais, contra as disposições da lei, pelos agentes da segurança pública, de modo que o processo penal, com um regresso de séculos, voltou a ser um processo inquisitório de polícia.

O quanto o costume de um povo pode-se refletir no processo não escapou à vasta visão de Giuseppe Chivenda, que, nos seus *Principii*, advertia[22] que:

> Entre as instituições jurídicas, o processo civil é o organismo mais delicado: por ser um meio de atribuir os bens da vida mediante a atuação da lei, ele tem uma posição central entre os institutos do direito privado e do direito público; e sendo uma relação muito complexa, nela ressaltam tanto o aspecto jurídico como o político e o social, de tal maneira que as mais leves mudanças nas condições morais, políticas e sociais da época se refletem no seu funcionamento. Por exemplo, quanto mais predomina, nas relações sociais, a correção e a boa fé; quanto mais nas relações políticas reina a confiança entre os cidadãos e os poderes públicos; quanto mais é difundido o hábito de ver as coisas em sua essência e menos difundido o espírito do formalismo; tanto mais as lides poderão tramitar de modo rápido e irão exigir menos garantias formais.

[22] *Principii di dir. proc. civ.*, 3ª ed. p. 131.

Esta situação determina que se produza, com maior facilidade que em outras matérias, uma falta de harmonia entre as normas e as necessidades da prática, pois as formas criadas por um certo momento são inadequadas para outro, e, além do mais, as classes forenses são eminentemente conservadoras em relação ao tecnicismo processual. Há normas processuais que perderam toda razão histórica de ser. Não por isso, o intérprete pode refutar sua aplicação, mas ele deve assinalá-las ao legislador para as oportunas reformas. Há normas que podem, ainda, ser aplicadas às condições atuais, mas que foram entendidas de modo inteiramente diferente no passado, não quanto ao seu conteúdo (o que equivaleria a modificá-las), mas quanto aos fins a que se destinam. Isso pode influir sobre os limites e o modo de sua aplicação e, além disso, nos chama a atenção sobre a utilização da doutrina antiga.

O costume é considerado aqui como um dos elementos variáveis dos quais se deve levar em conta ao interpretar historicamente a lei processual; como um fator de interpretação evolutiva do processo. Mas talvez a importância prática do costume judiciário vá a outros limites da teoria sobre a interpretação da lei, ainda daquelas mais audazes. Em realidade, o que dá forma ao processo, o que lhe dá a sua fisionomia típica não é a lei processual, mas é o costume de quem lhe coloca em prática. O direito escrito não é senão um contorno externo, dentro do qual o relevo, com suas cores e tons, é dado pelo costume. Também em relação ao direito processual se pode repetir isto que Sailelles escreveu para o direito constitucional: " *... les textes écrits ne sont guère que la trame três légère sur laquels travaille el fonctionne la force organisatrice et regulatrice qui met en oeuvre l avie collective d'un pays*".[23]

"*La vie collective d'un pays*": também o processo não é senão um aspecto desta vida, e as leis processuais não são outra coisa que uma frágil rede, em cujas malhas pressiona e, às vezes, desborda a realidade social.

6. Noções gerais de "procedimento"

Essa pressão da realidade social, que chama a atenção a cada passo sob as formas do procedimento judicial, pode ser encontrada, em aspectos similares, em qualquer "*procedimento*" predeterminado para o exercício de qualquer uma das funções do Estado. O conceito de "*procedimento*" (em alemão: *Verfahren*) é, de certa maneira, mais amplo que aquele de "*processo*" (em alemão: *Prozess*). O processo é uma noção própria da função judiciária, mas de "*procedimento*" se pode falar também para a função legislativa ou para aquela

[23] R. SALEILLES, in «Revue pol. et parlamentaire», vol. XXXVI, 1903, p. 118-119.

executiva. Todas as vezes que, para chegar a um ato de declaração de vontade do Estado (seja uma lei, um decreto ou uma sentença), seja estabelecida, por disposições expressas de caráter instrumental, a forma e a ordem cronológica das várias atividades que devem ser realizadas pelas pessoas que cooperam para a criação do ato final, a sucessão dialética destas operações, juridicamente reguladas com vistas a este fim, constituem um "*procedimento*". Comumente se fala de procedimento "*administrativo*" para indicar a série de atividades que são dirigidas à concreta decisão da administração pública; de procedimento "*legislativo*" para indicar as discussões e as deliberações, das quais, ao final, surge a lei.[24]

Todo o sistema parlamentário não é, em essência, mais que um "*procedimento*", uma série de "*operações*", endereçado a um determinado efeito. Certas semelhanças surpreendentes entre a processualística judiciária e a processualística parlamentar são constatáveis somente a quem tenha experiência prática em relação ao modo como o Parlamento funciona, e se dá conta como a tática das discussões políticas se aproxima daquela dos debates forenses, e como grande parte das batalhas parlamentares se reduzem a "*questões de procedimento*", *litis ingressum impedientes*. Sobre esta afinidade teremos frequentemente a ocasião de voltar no curso destas lições. Estou certo que os estudos de direito processual ganharão muito com o aprofundamento destas referências ao procedimento parlamentar.

Também entre o Parlamento e a audiência existe um estreito parentesco. No primeiro, o contato está em falar; na segunda, está em escutar. Mas, em suma, lá e aqui, tudo está organizado para que alguns falem para se fazerem escutar por outros, e alguns escutarem o que outros dizem. Na audiência, se a ela deve honrar à etimologia, necessita que os advogados falem para que os juízes possam ouvir. No Parlamento, para que os deputados possam falar algum proveito, é necessário que o Governo se coloque a escutar (isso é correto na teoria, mas a semelhança continua também na prática, porque, como, frequentemente ocorre em audiência, ninguém fala, assim pode ocorrer que no Parlamento ninguém escute).

Agora, cada "*procedimento*" tem esta característica: que, por mais minuciosas que sejam as normas que disciplinam o seu desenvolvimento, as atividades que o compõem não podem nunca ser previstas de modo tão rigoroso, que não deixem certa margem à iniciativa e à

[24] Cfr. MORTATI, *Istituzioni di dir. pubblico*, Padova, 1952, capítulo V, § 3, p. 26 e 55, sobre o "procedimento legislativo"; ZANOBINI, *Corso di dir. amm.*, 6ª ed. Vol. I, Milão, 1952, p. 218 e segs., sobre o "procedimento administrativo".

discricionariedade pessoal de quem é chamado a cumpri-las. O procedimento, por mais minuciosas que sejam as prescrições formais, e por mais que os atos que o compõem se aproximem das previsões legais, permanece, em cada caso, um esquema, cuja continuidade conceitual torna-se, na realidade externa, um fracionamento de operações justapostas, mas descontínuas; aproximadas, mas separadas por intervalos de tempo e de espaço. Não se trata sempre de atividades invariáveis, porque, muitas vezes, o mesmo esquema prevê que certa operação da cadeia possa ser realizada em razão da escolha de quem deve realizá-la, em duas ou mais maneiras diferentes, de modo que também as operações sucessivas deverão ser realizadas de maneira diversa para corresponder àquelas que lhe precedem e que, de certo modo, condicionam-lhe.

Destes interstícios nos encaixes é que se aproveita o costume para se inserir no esquema jurídico do procedimento, para acelerar ou retardar o ritmo. Por meio destas escolhas, a prática consegue transformar ou deformar a figura, até reduzi-la a algo completamente diferente do que aquela lei havia previsto. Estas são as janelas abertas no *Palazzo dela Ragione*, por onde penetra o vento do irracional, alterando todas as previsões.

As regras da correção parlamentar, elaboradas pela praxe inglesa, foram copiadas de outras, e depuradas nas mais recentes constituições europeias. Não obstante, se se leva em consideração o modo como as sessões se desenvolvem na Câmara dos Comuns, e se compara com aquilo que acontece na sala da Câmara francesa ou italiana, não se pode deixar de perceber uma profunda diversidade de estilo, derivada não tanto da diversidade de leis, quanto da diversidade de costume e de educação política.

A mesma comparação se pode fazer em relação ao processo. Na Itália, uma audiência corre o risco de se assemelhar a um espetáculo teatral. Na Inglaterra, assemelha-se um pouco a uma função religiosa. Recentemente, em uma visita que fiz à Universidade de Cambridge, tive a surpresa de ver que, nas Universidades inglesas, não se ensina o direito processual. O modo de se comportar diante dos juízes não é tema de estudo. Aprende-se na prática profissional, porque ele é matéria não de ciência, mas de civilidade.

7. Processo e justiça

Neste momento, amigo Alcalá Zamora, ressurge aqui, ao fazer estas comparações, o sentimento de descontentamento e quase de

angústia, da qual todos os estudiosos do direito processual se sentiram irmanados neste último congresso internacional de Florença, em cujo sucesso também tu tiveste participação, com a autorizada contribuição de tua presença.[25]

Ao finalizar nossas discussões, pudemos nos congratular pela promissora continuação dos nossos estudos, e do alto nível alcançado por nossa ciência, na Europa e América. Posteriormente, no entanto, fizemos as seguintes ponderações: Estas nossas novas construções teóricas são verdadeiramente úteis à justiça? Nosso refinado conceitualismo serve verdadeiramente para fazer com que as sentenças dos juízes sejam mais justas? E o processo, que se deveria estudar para fazer disso um instrumento adequado às exigências da sociedade, é verdadeiramente um mecanismo de precisão, feito de lógicas elegantes, que nós teorizamos em nossos tratados?

Ao finalizar o congresso, permanecerá memorável também por isso, tomemos, nós mesmos, o compromisso de continuar, com renovado fervor, o nosso trabalho de estudiosos, não para servir ao gosto arquitetônico das abstratas construções sistemáticas, mas para servir concretamente à justiça. Para servir aos homens que têm sede de justiça.[26]

Portanto, para permanecerem fiéis a este compromisso, é necessário nos convencermos cada vez mais que o processo, objeto de nossos estudos, não é como o legislador o previu em abstrato, mas como o fazem viver, como o "representam" (no sentido teatral da palavra) os homens, juízes e jurisdicionados, que nele participam de forma concreta, e que não são abstrações, não são fantoches mecânicos construídos em série. São homens vivos, com seu sentimento, com seus interesses, com suas opiniões, com seu costume, que pode ser, infelizmente, também um mau costume.

Também um mau costume. Este é outro ponto de semelhança entre o procedimento judiciário e o procedimento parlamentar. A chicana judiciária, que é a degeneração do processo, e o "parlamentarismo", que é a degeneração do Parlamento, são sintomas da mesma doença, que é o defeito daquela educação cívica e daquela solidariedade social, sem a qual as instituições democráticas, em cada campo, fatalmente decaem. O perigo do qual a democracia deve se cuidar

[25] Cfr. "Atti del Congresso internazionale di dir. proc. civile" (Padova, 1953), nos quais é reproduzida também a comunicação de N. Alcalá Zamora sobre *Aportación hispânica a la difusión de la ciencia procesal italiana*, p. 173 e seg.

[26] Cfr. o discurso inaugural daquele Congresso: CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in "Atti", cit., p. 9 e seg.

é precisamente esta adoração iluminista da razão abstrata, considerada em si como capaz de reger, por força própria, os destinos dos homens.

A verdade, que é o segredo para a salvação dos regimes democráticos, é outra: para se viver em uma democracia, não basta uma razão codificada nas normas de uma constituição democrática. É necessário que, atrás dela, ocorra a vigilante e operosa presença do costume democrático que deseje e saiba traduzi-la, dia a dia, em uma concreta, racional e racionável realidade.

"*La démocratie est un comportamet, un engagement. Faute de cet engagement, la technique constitutionelle est morte*".[27]

E este também é o segredo da técnica processual.

[14 de fevereiro de 1952]

---

[27] MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les const. europ.*, cit. I., p. 153.

— II —

Justiça e política: sentença e sentimento

1. O processo como drama

Adverti, ao finalizar a precedente conferência, que, para o bom funcionamento do processo (o mesmo se pode dizer para todas as instituições públicas, especialmente, nos ordenamentos democráticos), os costumes têm maior importância dentre os institutos que são chamados a colocá-lo na prática, que a perfeição técnica das disposições abstratas que regulam o processo.

Diz-se, comumente, que o processo, civil ou penal, pode-se assemelhar a um drama: como em um drama, com efeito, desenvolve-se uma sucessão de atos praticados por diversas pessoas em forma dialógica, distinguindo-se em diversos episódios concatenados, que encontram seu fim, como em um epílogo, na sentença. E, em verdade, muito frequentemente o processo tem não só nele formas, mas também na sua substância humana, uma ocasião dramática, triste ou cômica, segundo os casos. E isso se revela pelo interesse mórbido com que o público se apaixona por certos debates penais, e pela frequência com que, no teatro ou no cinema, são expostas representações tomadas da vida judiciária.

Ora, todos bem sabemos que outra coisa é ler um drama impresso, tal como o escreveu seu autor, e, outra, é vê-lo representado por um grande ator que na interpretação teatral o recria e o transfigura. Também no processo ocorre algo similar: as leis processuais são recriadas e transfiguradas pelas pessoas que a traduzem nos atos processuais concretos, ou seja, poder-se-ia também dizer, pelos "personagens" que as representam e as interpretam na cena judiciária. Mas com algo mais: enquanto nos dramas teatrais o diálogo é todo

ele escrito antecipadamente, linha por linha, no drama judiciário o direito processual preestabelece somente uma série de modelos abstratos e esquemáticos, molduras vazias que devem ser preenchidas, cada vez mais, com palavras escritas ou faladas, pelas cores daqueles que concretamente participam do julgamento em particular. O direito processual se assemelha muito, por isso, à "lona" da comédia de arte, onde, dentro do esquema da própria parte, os personagens recitavam por sua própria conta, ou seja, improvisando.

2. O juiz: caraterística essencial: a imparcialidade

O mais importante entre os personagens do processo, o verdadeiro protagonista, é o juiz. Ele assiste mudo e impenetrável a todo o desenvolvimento do drama, sempre presente, ainda quando se limita a escutar em silêncio a disputa dos outros personagens. Mas, ao final, a última palavra, a palavra resolutiva, é a sua. Tudo aquilo que foi dito no curso dos debates se resume e se dissolve na sua decisão. O epílogo do drama, o último ato do rito, é a sentença. "*ite, missa est*": "*ite, iudicatum est*". O juiz é o *deux ex machina*: como a aparição purificadora de Atenea na catarse da Oresteia.[28]

Agora, qual é no processo a função do juiz? Digo qual é hoje, segundo a noção abstrata que lhe concedem as leis, mas também segundo a concreta realidade histórica, a função do juiz colocada no sistema jurídico de uma constituição democrática?

Historicamente, a qualidade proeminente que parece inseparável da própria ideia de juiz, desde sua primeira aparição nas árvores da civilização, é a imparcialidade.[29] O juiz é um terceiro estranho à controvérsia, que não comparte os interesses e as paixões das partes litigantes entre si, e que, desde fora, considera com serenidade e com desapego o seu litígio: um terceiro *inter partes*, ou melhor, *supra partes*. Aquilo que o leva a julgar não é um interesse pessoal seu, egoístico, que esteja em contraste ou em conveniente aliança com um ou com outro dos egoísmos em conflito. O interesse que o move é um interesse superior, de ordem coletiva; o interesse a que o conflito seja resolvido civilmente e pacificamente, *ne cives ad arma veniant*: para manter a paz social. É por isso que deve ser estranho e indiferente às solicitações das partes e ao objeto da lide: *nemo iudex in re propria*.

[28] Cfr. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, Parma, 1914, p. 11-12.

[29] ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, especialmente os números 38 e segs.

3. Vários métodos para garantir a imparcialidade

Mas se a imparcialidade é um requisito inseparável da própria ideia de juiz, não é igualmente indispensável, para que haja um juiz, que ele seja chamado a decidir *secundum legis*. O julgamento *secundum legis* é um dos modos, o mais aperfeiçoado e "racionalizado" de fazer justiça; mas, na história dos institutos judiciais, variaram com o tempo os critérios ou mecanismos de que os juízes têm-se servido para ser e, sobretudo, para parecer imparciais.

Nas idades primitivas, o juiz se confunde com o sacerdote ou com o oráculo, que pede ajuda e inspiração à superstição e à magia, e lê a motivação da sua sentença no voo dos pássaros e com as vísceras palpitantes da vítima imolada. O juízo de Deus, a prova de fogo e as ordálias eram expedientes utilizados para introduzir, no julgamento, em nome da garantia da imparcialidade, forças superiores a cada cálculo humano e a todo cuidado terrestre, como a indiferença dos deuses ou a sorte cega. Também o método seguido do famoso juiz Bridoye de Rabelais, que colocava sobre a balança os escritos dos dois litigantes, e dava razão àquele cujos escritos pesavam mais, era um sistema para alcançar a imparcialidade. Também o era a justiça dos cadís turcos, que decidiam, como dizia Francesco Giucciardini, "a olhos fechados"; e, sem embargo, fazendo uma estatística de suas decisões, não se deve crer que as probabilidades de erro fossem para eles maiores que para nossos juízes: "se nós pressupusermos as sentenças dos turcos proferidas às cegas, se pode concluir que proporcionalmente a metade seja justa sem que talvez exista uma menor proporção de resoluções injustas nas ditadas entre nós, seja por ignorância ou malícia dos juízes".[30]

O mesmo se poderia dizer daquele procedimento rápido que um viajante etnólogo refere haver visto ser utilizado por uma tribo selvagem, habitante das margens de um lago africano: quando surgia uma lide, os dois litigantes eram amarrados a dois postes de madeira plantados nas proximidades do lago, a igual distância da margem da água, e ali eram abandonados à espera da sentença. Não muito tempo depois, já se via surgir das ondas o juiz, um velho crocodilo educado nesse ofício, o qual, depois de haver considerado a situação, arrastava-se lentamente até um dos postes. O litigante que tivesse o azar de ser devotado, perderia a causa (com a correspondente condenação nas custas).

---

[30] FRANCESCO GUICCIARDINI, *Ricordi*, segunda série, nº 209 (en *Scritti politici*, ed. Laterza, Bari, 1933, p. 333).

4. A justiça do caso concreto

Mas, mesmo sem recorrer a estas curiosidades remotas ou imaginárias, é certo que, também nos ordenamentos hoje vigentes, podem ser encontrados numerosos exemplos de processos nos quais ao juiz que deve fazer justiça se pede uma operação muito diversa daquela consistente na aplicação rigorosa das leis pré-constituídas.

Também nos sistemas processuais da Europa continental, encontram-se exemplos de "jurisdições de equidade" ou de colégios arbitrais compostos por "amigáveis integrantes",[31] os quais aproximam a justiça do caso em concreto, trazendo inspiração não da lei, que não lhes vincula, mas daquele senso de equidade que vive em sua consciência, que dita a decisão mais conveniente e mais aderente às circunstâncias do caso em concreto.

Assim, na Itália, os órgãos da justiça administrativa, ante os quais os cidadãos têm direito de impugnar os atos definitivos da administração pública, podem, em certos casos, quando exercem a chamada jurisdição de mérito, reexaminar o conteúdo do ato, não sob o rígido aspecto da legitimidade, mas sob aquele, muito mais fluido e mutável caso a caso, da conveniência técnica e do interesse público.

Nesta série de exemplos de justiça sem leis, não se pode esquecer a jurisdição disciplinar, que certos colégios profissionais exercem sobre seus próprios inscritos: como aquela que os conselhos forenses exercem sobre os advogados, cuja conduta, no exercício da advocacia, é investigada não segundo normas de legalidade, mas segundo aqueles ditames tradicionais de correção e de probidade profissional, que todos os que pertencem à Ordem devem encontrar vivas na própria consciência.

Em todos estes casos, o juiz não pode se limitar a ler no Código a solução já preparada em hipótese em um artigo de lei; mas deve buscar, no seu íntimo senso de justiça, a solução do "caso a caso", fabricada, por assim dizer, não em série, mas sob medida.

Mas o exemplo mais evidente deste fenômeno é dado, também na experiência contemporânea, pela condição em que a justiça funciona nos períodos revolucionários ou naqueles de reorganização imediatamente após uma revolução vitoriosa.

Pensem no que houve na Rússia após a revolução de 1917. Foram dissolvidos os tribunais do regime czarista, e os advogados

[31] CALAMANDREI. *Il significato costituzionale dele giurisdizioni di equità*, en *Studi sul processo civ*ile, II, 1930, p. 1 e segs.

mandados limpar a neve, abolidos em bloco todos os velhos códigos. Neste "vazio de leis", foram criados *ex novo* os tribunais do povo, compostos de operários e camponeses, competentes para decidir sobre todas as causas civis e penais. Não existindo mais leis escritas, sobre quais critérios eles se embasavam para julgar? Sobre "consciência proletária", se dizia então. O que queria dizer, segundo critérios políticos, isto é, segundo as exigências de uma luta política em curso de desenvolvimento, na qual também a sentença do juiz se tornou instrumento de ação revolucionária.

Nestes períodos de brusca transformação da ordem social, o juiz exercita uma função declaradamente política: escolhe para o caso concreto a solução que lhe pareça mais útil para a causa da revolução. Inspira-se em seu sentimento (ou em seu ressentimento) de um homem de partido. De resto, também hoje, na Rússia soviética, depois que o ordenamento jurídico foi reconstruído como um sistema de leis escritas que os juízes são chamados a aplicar, se continua a afirmar resolutamente o caráter político da função judicial. A distinção entre justiça e política não existe na Rússia no mesmo sentido em que é aceita na tradição liberal da Europa ocidental. Vyshinsky, o qual, mais que um diplomático, em razão de seus livros foi considerado o ilustrador autorizado do sistema constitucional soviético, considera abertamente o processo como um dos instrumentos de luta política, primeiro, pelo triunfo; e depois, para defesa da revolução socialista.

Algo semelhante ocorreu na Alemanha sob o nazismo, especialmente em relação ao processo penal. Quando no Código Penal foi introduzida uma disposição que permitia ao juiz punir não só pelos fatos que, pela lei penal, fossem considerados crimes, mas, de igual modo, pelos fatos que, mesmo não estando previstos previamente como crime, fossem, todavia, considerados pelo juiz como "contrários ao são sentimento popular alemão".[32]

5. Justiça e política

Agora, é certo que, em todos estes casos, o juiz traz a sua decisão não da norma pré-constituída, mas de seu imediato sentimento: do seu sentimento de homem político que vive em sociedade, e que participa na dinâmica de aspirações econômicas e morais, de apetites

[32] Em tal sentido, foi modificado o § 2 do St.G.B (Código Penal) pela lei de 28 de junho de 1935, que entrou em vigor em 1 de setembro do mesmo ano.

e repugnâncias, e até de "mitos", que podem ser chamados, de maneira compreensiva, correntes "políticas" do seu tempo.

A transformação da política em direito é realizada assim, de vez em vez, criada não pelo legislador de forma antecipada, mas pelo juiz para o caso singular, como *lex specialis*. É aquela que se chama escolasticamente de criação judiciária do direito, o "direito livre". Aqui, verdadeiramente *sententia*, como indica a etimologia, deriva de sentimento: a sentença não é obra do intelecto e da ciência, consistente no conhecer e declarar historicamente algo que já existe, mas é criação prática, vontade, alimentada pela experiência social, que impulsiona o julgador à procura de certa utilidade política que dê satisfação à experiência. Também ao buscar a solução do caso em particular, o juiz se deixa guiar por certas premissas de ordem geral, que as sente como aquisições preexistentes da sociedade a que ele pertence (a, por assim dizer, equidade social), ele as encontra dentro de si, registradas na sua consciência.

Esta é a justiça do caso concreto, que tem o mérito, se o juiz sabe ser fiel intérprete da sociedade em que vive, de aderir perfeitamente às concretas circunstâncias do caso concreto, sem deixar margens e interstícios. Mas é uma justiça aleatória. Falta não só a certeza, mas também a probabilidade do direito: não há garantia de igual tratamento dos casos similares, porque cada caso é considerado como um *unicum*, que não pode haver similares: quais são os próprios direitos e os próprios deveres; qual é o lícito e o ilícito, se saberá somente *a posteriori*, depois da sentença. A pessoa está à mercê do juiz.

Este é o semblante sombrio da justiça revolucionária nos períodos do terror, em que os tribunais de partido, ainda que não são o pretexto para desafogar rancores pessoais e para dar a aparência de autoridade à vingança privada, é preciso se perguntar se verdadeiramente eles devem ser considerados como órgãos da justiça ou como instrumentos sanguinários de guerra civil. Deste problema da justiça nos períodos revolucionários, também nós na Itália tivemos recentes duras experiências, e assim ocorreu na França, tanto que a revista *Esprit*, que é uma das mais altas vozes do espírito europeu, teve a necessidade de dedicar, a este argumento, um número especial,[33] no qual Emmanuel Mounier fez essa angustiosa pergunta: *Y a-t-il une justice politique?* Pode existir, sem *contraditio in adiecto*, uma justiça política? E por quais caracteres esta justiça, por se inspirar em critérios políticos, pode continuar a ser justa?

[33] *Esprit* (Paris, ano XV), número de agosto de 1947.

6. Justiça *secundum legis*

Mas, frente a este sistema da criação judiciária do direito, frente a esta justiça dinâmica e romântica, os ordenamentos constitucionais fundados na separação dos poderes dão preferência ao sistema estático e "racionalizado" da criação legislativa do direito, que pretende realizar de maneira absoluta a separação da justiça em relação à política.

No sistema da formulação judiciária, a passagem da política à sentença é imediata e direta: o juiz vive imerso na política. No sistema da criação legislativa, ou da "legalidade", entre a política e o juiz está no meio a lei. Também aqui o direito é um produto, depurado e, por assim dizer, cristalizado, da política; mas este processo de depuração se desenvolve em dois tempos: a primeira fase é legislativa, e depois vem aquela judiciária. As forças políticas deságuam todas, como uma torrente impetuosa, que pressiona a roda do moinho, sobre as engrenagens dos órgãos legislativos. É no Parlamento que o choque da política se aplaca em leis.

O legislador, em seu trabalho de transformação da política em direito, não leva em consideração o caso em concreto, a lide já surgida ou preanunciada, o conflito interindividual em ato: ele se coloca em um plano mais alto que aquele dos episódios individuais, aprecia a distância os interesses coletivos, segue do alto, como em um panorama, a direção e o modo progressivo das correntes sociais. E, extraindo dessa diagnose social, feito não sobre caso individual, mas sobre grande número deles, a precisão de que, no futuro, certos comportamentos típicos possam motivar determinados conflitos de interesses entre coassociados, estabelece, antecipadamente, de maneira geral e hipotética, isto que deverá valer como justo para todos os casos que terão em concreto os caracteres do tipo abstratamente determinado.

Assim, por exemplo, quando, após circunstâncias extraordinárias (como foram, em toda Europa, as devastações produzidas pela guerra), verificou-se uma geral deficiência de alojamentos, o legislador alerta que teve início um período no qual os conflitos de interesse entre os proprietários de casas e inquilinos se tornaram assunto de uma relevância social que antes não existia, e sente a necessidade de estabilizar, de modo antecipado, uma regulamentação jurídica que discipline, de maneira uniforme, todos os choques que estão por se verificar.

O ordenamento jurídico, ao esquematizá-lo assim, pode-se comparar a um arquivo: cada artigo dos códigos é uma ficha, feita para determinado modelo de comportamento humano. Todas as ações humanas que têm relevância para a sociedade (para aquele determinado tipo de sociedade) são classificadas em tipos e registradas naquele arquivo. Toda aquela que não está prevista, pode-se dizer que não tem relevância social, e que, portanto, é indiferente para aquele ordenamento jurídico, que, por definição, não pode ter lacunas.

7. O silogismo judicial

E, então, se compreende facilmente como neste sistema o momento judiciário, o segundo momento, seja muito simples. O juiz, ao qual se apresenta o fato, não deve fazer outra coisa que classificá-lo juridicamente, isto é, nele reconhecer os caracteres típicos de um daqueles modelos que estão previstos no arquivo: encontrada a ficha, não deve fazer outra coisa que ler, bela e prontamente naquela ficha, a solução apropriada.

Este é o famoso silogismo judicial. A lei é um julgamento hipotético de caráter geral que vincula um evento possível a um efeito jurídico: "se se verifica um caso do tipo a, produz-se o efeito jurídico b". Aqui, diz o juiz, se verifica em concreto um caso que tem os caracteres do tipo a; portanto, eu declaro que se deve produzir, em concreto, o efeito jurídico b. Todo o trabalho do juiz se reduz, portanto, a encontrar a coincidência entre um caso concreto e um caso abstratamente hipotético da norma: isto é, segundo a conhecida terminologia escolástica, a coincidência entre a "fatispécie real" e a "fatispécie legal".

Veja-se, então, como, nesta configuração, todo o trabalho do juiz é puro e tranquilo. O juiz não tem contato direto com a política: entre ele e a política, há, no meio, uma muralha sem janelas de lei. Todas as escórias da política, tudo aquilo que a política tem de imundo ou delicado, não chega às mãos do juiz: ele encontra sobre sua cadeira estas pequenas joias da lógica, que são as formuladas pelas leis, polidas e lustradas, e não sabe quanta lama se teve que remover para encontrar este metal e quanto fogo foi preciso para fundi-lo na caldeira.

Este é um sistema da legalidade, o mecanismo perfeito construído para os períodos felizes da vida constitucional. É um sistema de calma e de otimismo, que corresponde a todos os princípios iluministas da democracia: é a "racionalização do poder", que retira a

decisão judicial do capricho do julgado; é a certeza dos direitos, suprema garantia da liberdade pessoal.

Considerem, em seguida, de que maneira engenhosa neste sistema se alcançou a imparcialidade. O legislador é imparcial porque, do alto, operando sobre grandes números e de modo antecipado, não pode prever quem, no futuro, cairá individualmente sob o disposto em suas leis, qual será o vencido e qual será o vencedor, quais rostos ficarão compreendidos nos marcos estabelecidos com anterioridade. E o juiz, por sua parte, não pode não ser imparcial, porque no ato de julgar não pode fazer outra coisa que referir-se à lei. Sentença justa, neste sistema, não significa mais dizer sentença conforme o sentimento social, mas quer dizer simplesmente sentença conforme a lei; e se, depois, por ventura, a lei não corresponde (ou não corresponde mais) ao sentimento social, isto não é assunto do juiz, mas do legislador: *dura lex sed lex*.

A sentença se torna, portanto, um produto de pura lógica: o sentimento não entra nela. O juiz tem a sorte de viver tranquilo e pacato, livre das tempestades do sentimento, na serenidade lunar dos silogismos. Recordem a célebre frase de Montesquieu: «*Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent moderer ni la force, ni la rigueur*».[34] Seres inanimados, máquinas; máquinas silogizantes. Ou melhor, máquinas óticas, porque, neste sistema, segundo a concepção panlogística dos juízes, as leis, em virtude desta outra predisposição hipotética e antecipada, pela qual um certo efeito jurídico está previsto como consequência automática de se verificar, em concreto, uma certa fatispécie, aplicam-se por si, descendem de si para regular o mundo, e, por consequência, as relações jurídicas, os direitos, as obrigações nascem por si, vivem e se extinguem no mundo jurídico sem necessidade da mediação do juiz.

Vocês já sabem: nós, juristas, por força de silogizar, criamos um mundo próprio, onde imaginamos que as relações jurídicas vivem como animais de uma zoologia metafísica, em que só os iniciados podem se aproximar. Como Galileu via todo o mundo feito de triângulos, nós encontramos, em nosso caminho, os direitos que se movem e assistimos ao batizado e aos funerais das relações jurídicas. Tudo isso ocorre sem que o juiz possa intervir para modificá-lo: o juiz é um espectador que se limita a observar aquilo que há, para declarar isto que já existe; não cria os direitos, mas os declara. É um mecanismo feito de lentes seletivas, que descobre ao seu redor o que já existe,

[34] *Esprit des lois*, livro XI, capítulo VI.

mas que os olhos comuns não veem: ou, se preferirem, é um projetor que, com seu facho luminoso, revela a misteriosa vida submarina dos organismos jurídicos.

8. Imprevisibilidade da sentença

Mas, a esta altura, eu me sinto tentado a fazer uma pergunta a vocês que me escutam, àqueles de vocês que, como juízes ou como advogados, já conhecem, pela prática, como, em realidade, funciona a justiça. A pergunta que lhes faço é esta: parece-lhes, de verdade, que esta concepção puramente intelectualista e silogística do juiz seja satisfatória e, sobretudo, que corresponda à verdade?

A certeza do direito ... Cada um sabe, antecipadamente, quais são os seus direitos e os seus deveres: cada um pode ler antecipadamente nas leis, como em uma lista de mercado, o preço jurídico das suas ações; cada um, quando vai diante do juiz, pode prever sua sorte sabendo unicamente argumentar.

Mas tudo isso é verdade ou ilusão? É mesmo verdade que, no sistema da legalidade, a sentença do juiz é seguramente previsível? É mesmo verdade que o juiz, como um histórico da realidade jurídica, limita-se a confirmar aquilo que já existe, sem concorrer, com a sua vontade estimulada pelo seu sentimento, à criação prática desta realidade?

Também eu, em meu ensaio juvenil,[35] representei a sentença como uma progressão dos silogismos em cadeia, mas depois a experiência do patrocínio forense me demonstrou, não que esta representação seja equivocada, mas que é incompleta e unilateral: quem imagina a sentença como um silogismo, não vê a sentença viva; vê a seu cadáver, seu esqueleto, a sua múmia.

Digamo-lo em segredo. Quem, entre nós advogados, pode prever antecipadamente o êxito de uma causa? Certamente, no sistema da legalidade, a previsão pode ser feita com um grau de aproximação maior que no sistema do direito livre. Especialmente quando entram em jogo certas normas de caráter rígido e formal, como aquela sobre prescrição e sobre preclusão, o êxito do julgamento se pode prever com um cálculo de probabilidade que se aproxima à certeza.

Mas também nestes casos uma certeza absoluta nunca existe. Ao cliente que pede, antecipadamente, ao advogado a garantia da

[35] CALAMANDREI, *La genesi logica dela sentenza civile*, em *Studi*, cit., I, 1930, p. 1 e segs.

vitória segura, o defensor sério e honesto não pode responder outra coisa, senão ao velho modo: *habent sua sidera lites*. Certo tempo, eu me rebelava contra este adágio, que eu considerava com desprezo,[36] como uma expressão de vil e preguiçosa resignação: quando se sabe que tem razão, é preciso estar convencido que a justiça é mais forte que a adversidade das estrelas. Mas depois, com o passar dos anos, reconciliei-me com esse adágio, que, adotado antes do julgamento, pode ter para o advogado um efeito deprimente, mas que pode apresentar, igualmente, se adotado depois, um efeito consolador. Deve-se prever o triunfo, deve-se fazer de tudo para vencer; mas, se depois, a sentença do juiz desmente as previsões, então é o momento de encontrar consolo na sabedoria do provérbio latino. A sentença é injusta, não importa, *habent sua sidera lites*, e nos consolamos assim.

9. Insuficiência, também no sistema da legalidade, da concessão meramente lógica da sentença

A verdade é que o juiz não é um mecanismo, não é uma máquina calculadora. É um homem vivo, e aquela função de especificar a lei e de aplicá-la no caso concreto – que, *in vitro*, pode-se representar como um silogismo – é, em realidade, uma operação de síntese, que se realiza a quente, misteriosamente, em um cadinho fechado pelo espírito, onde a meditação e a soldagem entre a lei abstrata e o fato concreto necessitam, para completarem-se, da intuição e do sentimento ardente de uma consciência laboriosa. Em suma, o sistema da legalidade e, em geral, a teoria normativa do direito, é um esquema didático, útil para os juízes; mas esta composição lógica da sentença se assemelha às análises dos químicos, que, mesmo quando conseguiram individualizar todas as substâncias elementares que compõem um organismo vivo, não foram bem-sucedidos, no entanto, em enclausurar em uma fórmula aquela centelha que, pela misteriosa combinação destes elementos, resultou na própria vida.

Por outra parte, também no sistema da legalidade são as próprias leis que, às vezes, oferecem ao juiz o caminho para fazer passar o sentimento nas rígidas fórmulas ditadas pela razão. É a lei que, frequentemente, dá ao juiz o poder de decidir segundo a equidade, "segundo as circunstâncias", "com apreciação equitativa das circunstâncias do caso" (*i.ex.*, art. 2056 Cód. Civ.). Na técnica legislativa, adotam-se, com frequência, aquelas expressões tradicionais, de

[36] CALAMANDREI, *Elogio dei giuridici scritto da um avvocato*, Firenze, 1938, 2ª ed., p. 3.

significado genérico e variável ("boa-fé", "diligência normal", "diligência do bom pai de família"), que são chamadas imaginariamente de os órgãos respiratórios ou as válvulas de segurança do sistema jurídico, porque, através delas, o juiz, dando, caso a caso, a estas frases elásticas um conteúdo concreto, consegue fazer penetrar nas leis mortas o ar vivificador das exigências sociais em perpétuo movimento evolutivo. Mas, ainda sem acudir a estes conscientes expedientes técnicos, os quais o mesmo legislador faz com que no interior do direito "racionalizado" entre o oxigênio do irracional, necessita persuadir-se que cada interpretação é uma recriação, e que, em cada interpretação, a inspiração individual é decisiva.

A lei preestabelecida é um dos coeficientes que concorrem a estimular, na decisão, a consciência do juiz; mas é o único coeficiente. Isto explica certos fenômenos, que poderiam, caso contrário, parecer incompreensíveis, de deformidade da jurisprudência: dois juízes, em duas salas de audiência da mesma Corte, quiçá no mesmo dia, aplicando a mesma lei a dois casos absolutamente iguais, decidindo a mesma questão em sentido diametralmente oposto. Qual deles haveria errado? Nenhum dos dois, porque, se a lei era a mesma para ambos, se os fatos eram idênticos, diverso era o sentimento individual do julgador, através do qual se encontravam aquela lei e aqueles fatos. Em casos como estes, não há mais que se inclinar aos "sua sidera": o litigante que perdeu a causa porque foi julgado por um juízo, teria vencido se houvesse entrado, para ser julgado, no juízo ao lado. Não é o juiz que errou na sentença; é o litigante que errou de porta. Também os antigos doutores conheciam esta instável perplexidade em que se encontra o julgador quando a questão de direito é tão sutil e incerta, que pode bastar, para resolvê-la a favor de uma parte mais que a favor da outra, somente um leve impulso do sentimento; e esta imperceptível viragem o chamavam o "ponto de amigo".[37]

10. A sentença, criação da consciência do juiz

Podemos, portanto, concluir. Reduzir a função do juiz a um puro silogismo significa empobrecê-la, esterilizá-la, dissecá-la. A justiça é algo melhor: é a criação que brota de uma consciência viva, sensível, vigilante, humana. É justamente este calor vital, este senti-

[37] G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 9ª ed. (Torino, 1930), p. 123, recorda o "*ponto de amigo*", atribuindo-lhe a DECIANO: cfr. D. TIBERIUS DECIANUS, *Responsa*, vol. III Venetiis, MDCII, resp. LIX, nº 6, fo. 146: "*Amiticia facit iudicium pro reo, sicut inimiticia facit iudicium contra reum*".

do de contínua conquista, de vigilante responsabilidade que é necessário apreciar e estimular no juiz.

O perigo maior que, em uma democracia, ameaça aos juízes e, em geral, a todos os funcionários públicos, é o perigo do vício, da indiferença burocrática, da irresponsabilidade anônima. Para o burocrata, os homens deixam de ser pessoas vivas e se transformam em números, cédulas, fascículos: uma "prática", como se diz na linguagem dos escritórios, isto é, uma pasta dentro da qual estão agrupadas várias folhas protocolizadas e, em meio a elas, um homem dissecado. Para o burocrata, os desejos do homem vivo que está à espera não contam mais: vê aquele enorme cúmulo de papeis sobre seu escritório, e só trata de encontrar um meio de fazê-lo passar para o escritório de outro burocrata, seu vizinho de sala, e descarregar sobre ele o incômodo daquele problema.

Ah, se esta indiferença burocrática ingressa nos juízes! Ah, se eles se acostumam ao chamado pulsante de sua responsabilidade!

Quem pensa no peso das dores humanas que são confiadas à consciência dos juízes, se pergunta como eles, com tão terrível tarefa, conseguem dormir à noite sonos tranquilos. Ainda, o sistema da legalidade, a entendê-lo de forma demasiadamente escolástica, com a engenhosa mecânica do silogismo judicial, parece feito propositalmente para tolher do juiz o sentido da sua terrível responsabilidade, e para ajudá-lo a dormir sem pesadelos.

Há na praça um enforcado, condenado à morte pelo juiz. A sentença foi executada, mas a sentença era injusta: o enforcado era inocente.

Quem é responsável por haver assassinado aquele inocente? O legislador que, na sua lei previu, em abstrato, a pena de morte, ou o juiz que a aplicou em concreto?

Mas o legislador e o juiz, um e outro, encontram o meio para salvar suas almas com o pretexto do silogismo.

O legislador diz: – Eu não tenho culpa daquela morte; eu posso dormir tranquilo: a sentença é um silogismo do qual eu só construí a premissa maior, uma inócua fórmula hipotética, geral e abstrata, que ameaçava a todos, mas não atingia ninguém. Quem o assassinou foi o juiz, porque é ele quem, das premissas inócuas, extraiu as conclusões mortais, a *lex specialis* que ordenou a morte do inocente.

Mas o juiz diz, por sua vez: – Eu não tenho culpa daquela morte; eu posso dormir tranquilo: a sentença é um silogismo, do qual eu não fiz outra coisa que extrair a conclusão da premissa imposta pelo

legislador. Quem o assassinou foi o legislador com sua lei, a qual já era uma *sententia generalis*, na qual também a condenação daquele inocente está incluída.

Lex specialis, *sententia generalis*: assim, legislador e juiz atribuem a responsabilidade; e podem dormir, um e outro, sonos tranquilos, enquanto o inocente balança na forca.

Mas essa não pode ser a justiça de uma democracia. Isso não pode ser o juiz digno da Cidade dos homens livres. Eu já disse (já vi) que a democracia é um compromisso, um *engagement*: "*faute de cet engagement la technique constitutionelle est morte*".

O mesmo se pode dizer da técnica judiciária.

Nós não sabemos mais o que fazer com os nossos juízes de Montesquieu, *êtres inanimés* feitos de pura lógica. Queremos os juízes com alma: juízes engagés, que saibam levar, com vigilante compromisso humano, o grande peso desta enorme responsabilidade que é prestar justiça.

[19 de fevereiro de 1952]

— III —

Independência e senso de responsabilidade do juiz

1. A independência do juiz: independência da Magistratura em relação aos outros Poderes, e independência individual do juiz singular

O discurso anterior concluiu com a observação de que o juiz de um ordenamento democrático não pode se assemelhar a uma calculadora que, com um simples apertar de botão, apareça uma nota com soma exata. Deve ser uma consciência humana totalmente empenhada na difícil missão de prestar justiça, disposta a aceitar a responsabilidade de sua própria decisão, que não é o produto de uma operação aritmética, mas a conclusão de uma escolha moral.

Com isto, não se quer dizer que o juiz possa deixar de lado a lei: no sistema da legalidade, o juiz não pode sair dos limites que ela lhe impõe; mas se quer dizer, somente, que, para aplicá-la fielmente, ele não deve considerá-la como uma imposição estranha que lhe venha do alto, senão que deve buscar as razões na sua própria consciência, e, quando for traduzi-la no comando concreto, recriá-la com seu sentimento participativo. Foi dito, certa vez, que a obra de arte é "une tranche de vie", um pedaço de realidade refletido através da sensibilidade do artista. Poder-se-ia dizer igualmente que a sentença é um artigo de lei filtrado através da consciência do juiz.

E lei, em um ordenamento democrático, expressa (ou deveria expressar) uma exigência popular, viva na consciência de todos os participantes daquela sociedade; e o juiz, que é o intérprete oficial daquela lei, deve encontrar, espelhada em si mesmo, a consciência social de onde nasceu a lei, e ler, na própria consciência individual, os fins de ordem geral que seu povo quis alcançar com aquela lei.

Mas, para que ele possa se dedicar sem distrações a essa delicada investigação introspectiva, e sentir em si todo o peso e, junto a ele, toda a honra desta responsabilidade, é preciso que seja independente: só com a consciência, para escutar aquilo que a lei lhe "dita em seu interior".

Em todas as constituições modernas está proclamada, como essencial garantia de justiça, a independência dos juízes e da magistratura. Nos regimes totalitários, o juiz não é independente: é um órgão político, é um *strumentum regni*. A independência do juiz pode assumir o seu pleno significado unicamente nas democracias fundadas sob o princípio da separação dos poderes. Também a Constituição italiana a proclama em dois artigos: "Os juízes estão sujeitos unicamente à lei" (art. 101); "A magistratura se constitui em uma ordem autônoma e independente de qualquer outro poder" (art. 104).

Mas, o que se quer dizer exatamente com a palavra "independência"? Qual a relação da independência da magistratura coletivamente considerada, no sentido de autonomia do Poder Judiciário diante de outros poderes do Estado (art. 104), com a independência de cada magistrado, considerado individualmente como julgador que, no momento em que julga, não pode receber ordens que não sejam da lei, tal como está representada em sua consciência (art. 101)?

2. Independência do juiz em relação aos estímulos egoísticos

Trata-se de dois conceitos coordenados, embora distintos: a independência da magistratura, compreendida como sistema de órgãos, instituídos para julgar, como "ordem autônoma e independente de qualquer outro poder", não é outra coisa que um meio (um dos meios) para conseguir garantir a independência de cada magistrado no momento em que julga. É esta independência individual do homem-juiz que verdadeiramente conta, o objetivo último ao qual devem mirar todos os aperfeiçoamentos do ordenamento judiciário, porque, sem independência, não pode existir no juiz aquele senso de responsabilidade moral que é a primeira virtude do magistrado.

Independência individual do juiz significa, antes de tudo, emancipação, no momento em que julga, de todos os estímulos psicológicos de natureza egoística. Diz-se que o juiz, ao aplicar a lei, deve fazê-la

reviver no calor da sua consciência; mas, nessa evocação da lei, que não é feita de pura lógica, o juiz deve se sentir unicamente homem social, partícipe e intérprete da sociedade em que vive, e não empurrado a julgar em um determinado sentido por motivos de parcialidade privada, de natureza pessoal ou familiar: amizades ou favores, parentesco ou ciúme, temores de perigo ou ambições de ganhos ou de honra, tudo aquilo, em suma, que Guicciardini haveria denominado "seu eu particular". A consciência do juiz, quando afronta a decisão de uma causa, deve ser como uma página em branco, sob a qual os eventos episódicos da vida privada nunca escreveram nada: os seus conhecimentos extrajudiciais podem estar presentes nele quando julga, somente quando, perdendo o significado episódico e assumindo um maior e sereno significado social, tenham ingressado para fazer parte da sua cultura como "máximas de experiência".[38] A toga ou a peruca é símbolo desta redução do homem particular em homem-juiz: homem no qual o sentimento individual se admite para operar só em função da sua missão social de julgador.

Indubitavelmente, não é fácil para o juiz se tornar independente desta rede de liames, com frequência, para ele mesmo, dificilmente reconhecíveis, que o envolvem em seus afetos e interesses particulares: esquecer-se de ser marido ou pai, parar de pensar, enquanto julga, das próprias angústias econômicas ou à enfermidade que o mina. O heroísmo do juiz se aquilata, precisamente, na medida em que consegue se evadir da pressão do egoísmo: com um mísero estipêndio que impõe à sua família uma vida de pobreza, ele deve, sem inveja, defender, de acordo com a justiça, as riquezas sem limites dos outros. Deve permanecer na audiência escutando as prolixas dissertações dos defensores, mesmo quando o seu coração de pai chamá-lo com urgência à cabeceira do filho doente; e, em uma causa de separação conjugal, deve, caso necessário, considerar culpado o marido, mesmo se ele, em sua própria vida matrimonial, era ele, sem culpa, um marido infeliz.

Difícil é para o juiz depositar, fora da porta, antes de entrar na sala de audiência, esta bagagem privada: e, sobretudo, é difícil conseguir distinguir, dentro de si, quais são as prevenções injustas e as preconceituosas simpatias pessoais que tratam de se ocultar sob o disfarce da imparcialidade. Sem se tornar um autômato, e continuando a ser uma pessoa, o juiz deve deixar de ser um "particular". Em todas as legislações, encontram-se normas que visam a ajudar o

[38] CALAMANDREI, *Per la definizione del fato notorio*, em *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova, Cedam, 1930, p. 289 e segs.

juiz a se liberar do invólucro do "seu particular": ou mesmo que lhe impõem, quando se pode temer que isso não atinja seu objetivo, que deixe o posto para outro que tenha menos prejulgamentos que ele (suspeições e impedimentos; arts. 51 e segs. C.P.C.).

3. Independência de toda subordinação hierárquica

Mas, normalmente, na linguagem comum, quando se fala de independência do juiz, entende-se que se esteja a referir à falta, no exercício da função judicial, de qualquer vínculo de subordinação hierárquica. O juiz, quando decide, não tem superiores acima dele, dos quais possa receber ordens ou instruções: não pode se esconder, para diminuir a sua responsabilidade, atrás da autoridade de seus superiores hierárquicos; ele depende da lei, mas qual seja a lei que depende é ele mesmo quem deve escolher segundo a sua consciência.

Mesmo se, no ordenamento judiciário, existe, em matéria recursal, uma hierarquia de "graus", isso pode dar lugar a um reexame sucessivo da sentença perante um juiz superior, mas não a um dever preventivo do juiz inferior de se uniformizar, no ato de julgar, às instruções superiores. O mais humilde conciliador, que pertence ao primeiro degrau da escada judiciária, não recebe ordens, no momento em que julga, muito menos o magistrado supremo da hierarquia, que é o Primeiro Presidente da Corte de Cassação.

O funcionário administrativo encontra a cômoda desculpa pela sua inércia ou falta de cuidado na subordinação hierárquica. O burocrata que negligencia seu dever não se desgasta muito em justificar: "ordens superiores", como se não fosse com ele. Mas, para o juiz, quando decide, não existem "ordens superiores". Ele está sozinho, como se encontrasse, em cada caso, na ponta de uma pirâmide hierárquica: só com a lei e com sua consciência, *superiorem non recognoscens*. Sob este aspecto, a independência do juiz quase se poderia considerar como uma espécie de "soberania": a sua posição é aquela de um órgão de uma função soberana, como o são os componentes do Parlamento, que exercem o seu ofício "sem vínculo de mandato" (art. 67 da Constituição).

Mas esta independência de cada vínculo de subordinação hierárquica, que é mais fácil de dizer-se, não é, por outro lado, fácil de ocorrer na prática: especialmente em uma democracia parlamentária, a solução deste problema se apresenta árdua e complicada.

4. Ingerência do Ministério da Justiça na carreira dos magistrados, e seus perigos

Na democracia parlamentária, o Parlamento, que representa o povo soberano, exercita o seu controle político sobre toda a atividade do governo: e cada ministro responde ante o Parlamento (princípio da "responsabilidade ministerial") sobre o bom andamento daquele ramo da administração pública que ele responde. E, para permanecer no seu cargo, necessitam a confiança do Parlamento.

Também a administração da justiça é um ramo da administração pública, à frente da qual está o Ministro da Justiça, o qual, como cada Ministro, responde pelo seu próprio ministério diante do Parlamento pelo bom funcionamento dos órgãos judiciários. Mas, para poder responder pelo seu bom funcionamento, necessita que ele tenha poderes de organização e correcionais, indispensáveis para se manter ou aumentar a eficiência, de maneira correspondente às exigências do serviço, para corrigir os inconvenientes, para reprimir os abusos. Ocorre, então, que o Ministro tenha, sobre a atividade e sobre a disciplina dos órgãos judiciários, uma efetiva ingerência. Mas ingerência do Ministro sobre os magistrados quer dizer, necessariamente, dependência dos magistrados ao Ministro.

O princípio da independência da magistratura, como "ordem autônoma e independente de qualquer outro poder", permanece, enquanto vigorar esse sistema, como uma expressão puramente platônica. A magistratura, compreendida como organização judiciária, não é autônoma, porque, constituindo um dos ramos da administração pública, depende do Ministro da Justiça, que é o chefe deste ramo, e do Governo, através deste Ministro.

Existe, assim, neste sistema híbrido, um contraste entre dois princípios, que se reflete concretamente no desconforto individual de cada magistrado. É verdade que o magistrado, no momento em que julga, é o órgão de uma função soberana, que não recebe ordens de nenhum superior; mas também é verdade que este mesmo magistrado, para poder exercer tal função, foi designado pelo Estado, na qualidade de empregado público, vinculado à administração pública por uma relação de trabalho retribuído, com direito ao estipêndio, e com correspondentes deveres do ofício. Na mesma pessoa encontram-se, então, reunidas duas posições que parecem incompatíveis entre si: independência constitucional da função e dependência administrativa do funcionário. O magistrado, que, como órgão de uma função soberana, está desvinculado, ao julgar, de toda subordinação

hierárquica, está sujeito, todavia, como funcionário vinculado pela relação de emprego, às decisões e à disciplina da administração em que está empregado, à frente da qual está o Ministro da Justiça.

O perigo deste sistema híbrido é evidente: o Ministro, que é um órgão político, pode ser tentado, em algum processo que tenha importância política, a se servir da ingerência hierárquica que ele tem em razão de sua posição administrativa (a dita "carreira") e sua condição de corregedor do empregado, para desviar ou limitar, de fato, a independência do juiz. É verdade que, como juiz, o magistrado está livre juridicamente para decidir como lhe dita a sua consciência; mas, se o Ministro ou os politiqueiros que se escondem em sua sombra dão a entender discretamente que, em razão do modo como ele julgará certo processo, pode depender uma promoção desejada ou uma temível transferência, claro que, por este caminho, na consciência do juiz, voltarão a aparecer aqueles estímulos perturbadores de ordem particular, aos quais o empregado, que pensa no seu salário e na manutenção dos estudos dos filhos, não pode permanecer insensível. Não é válida a objeção de que, por um artigo da Constituição (art. 107), "os magistrados são inamovíveis", e que as promoções deveriam ocorrer de acordo com uma graduação de mérito tecnicamente declarada; em realidade, enquanto o magistrado continuar, como empregado, na dependência administrativa do Ministério da Justiça, permanecem abertos numerosos portões através dos quais, por meio da esperança ou por meio do temor, a política governamental pode fazer sentir, sobre a justiça, o seu influxo perturbador. O perigo é aumentado pelo fato de que o exercício do mandato parlamentar não é incompatível com o exercício da profissão forense, de modo que o público é induzido a suspeitar que, em certos processos, o prestígio do defensor possa ser maior junto aos magistrados pela sua qualificação política e pelas suas "aderências" ministeriais: dos quais se tiveram exemplos célebres sob o regime fascista, quando se via que, tão logo nomeado um novo Ministro da Justiça, os seus parentes mais próximos, que, para sua sorte, fossem advogados, e que, até esse dia, eram considerados profissionais medíocres e obscuros, transformavam-se, de uma hora para outra, em iluminados do foro, assediados por sua clientela.

5. O sistema do "*autogoverno*" da Magistratura na Constituição italiana

Para remediar a estes inconvenientes, a Assembleia Constituinte, que discutiu a nova Constituição italiana, propôs-se a liberar a

função judiciária de toda ingerência governamental, ao adotar o sistema do "autogoverno" da magistratura. Alguém, para eliminar claramente cada lacuna, havia proposto a própria abolição do Ministro da Justiça: medida draconiana, que deveria ser integrada com a introdução da absoluta incompatibilidade entre o mandato parlamentar e o exercício da advocacia.

Mas nenhuma destas duas propostas foi acolhida. Estabeleceu-se, assim, o princípio do autogoverno, por força do qual todas as determinações atinentes às nomeações, promoções e transferências dos magistrados, bem como, sua correição, anteriormente de competência do Ministro da Justiça, foram delegadas a um conselho presidido pelo Presidente da República, composto, majoritariamente, por magistrados eleitos pela Magistratura, que se denomina "Conselho Superior da Magistratura". Mas o Ministro da Justiça não foi abolido: e, posto que ele continua a ter, frente ao parlamento, a responsabilidade política do bom andamento da administração da justiça, ele conserva, todavia, ainda que dentro de limites mais restritos, a iniciativa correcional (art. 107) que pressupõe um poder de vigilância sobre os magistrados, e uma certa ingerência administrativa (art. 110).

E, apesar de a Constituição italiana haver entrado em vigor ao final de 1948, ainda está em discussão a lei de organização judicial, cuja aplicação deverá praticamente resolver o problema de conciliar o autogoverno da Magistratura com a responsabilidade ministerial do Ministro da Justiça.[39]

6. Os perigos da "carreira"

Contudo, mesmo quando se resolvesse de maneira satisfatória o problema de tornar a Magistratura absolutamente independente de toda ingerência governamental, e todas as medidas relativas ao estado jurídico e à correição dos magistrados fossem confiados, em regime de absoluta autonomia, ao Conselho Superior da Magistratura, isso poderia ainda não ser suficiente para garantir a independência individual do magistrado. Mesmo que a magistratura, organizada como poder constitucional autônomo, não fosse mais, de algum modo, sujeita à ingerência e à fiscalização por parte do Poder Executivo (art. 104), nem por isso cada magistrado estaria livre dos cuidados de ordem pessoal e familiar, que lhe surgirão de sua qualidade

[39] Este tema vem tendo na Itália, nos últimos anos, uma rica literatura: cfr. o Caderno V da Associação de Estudiosos do Processo Civil, *Sul Consiglio Superiore dela Magistratura*, Milano, 1953.

de empregado que vive de seu estipêndio e que está naturalmente desejoso de promoções e de melhoras econômicas.

No ordenamento judiciário italiano, e, em geral, no sistema tradicional prevalente nos ordenamentos judiciários da Europa continental, a atividade do juiz não se constitui em um *munus publicum* temporário e eletivo, como aquele de deputado no Parlamento, que não se confunde (ou não deveria se confundir) com a profissão; mas constitui uma ocupação profissional de toda a vida, pela qual o juiz, por consequência de toda sua atividade, percebe, através do seu estipêndio de funcionário público, os meios para a sua subsistência. A condição profissional dos magistrados não é, portanto, muito diferente, sob o aspecto administrativo e econômico, daquela apresentada pelos funcionários de todos os outros ramos da administração pública: também para os magistrados existe o sistema chamado de "carreira", pelo qual o empregado, designado inicialmente ao degrau mais baixo da hierarquia, está destinado a sair, degrau por degrau, através de promoções demoradas, para funções de importância sempre maiores, aos quais corresponde uma retribuição sempre maior, de maneira que só quando se aproxima do término da vida é que chega ao topo da dignidade e do vencimento.

A "carreira" corre o risco de se tornar, assim, como acontece com todos os empregados, a preocupação sempre presente no subconsciente do magistrado: preocupação que se transforma em obsessão naqueles períodos de sua vida, em que ele está próximo de alcançar a antiguidade necessária para aspirar à promoção. Pode ocorrer, assim, que o magistrado seja levado naturalmente, por vício burocrático, a considerar, como ótimo modo de prestar justiça aquele que melhor convier à sua própria "carreira". E, visto que a promoção a que ele aspira depende do julgamento de uma comissão de magistrados de grau superior, que deverão avaliar os "títulos" do aspirante (consistentes, via de regra, nas sentenças por ele redigidas), quando se aproxima o período do escrutínio da votação, ele, além de fazer obscuramente o seu dever nas tarefas menos chamativas, embora mais essenciais para o bom funcionamento da justiça (como seria a atividade de juiz instrutor nos processos criminais), chega a preferir as missões que lhe darão maior oportunidade de fabricar "títulos" idôneos para colocá-los à vista de seus futuros examinadores. Esta é a razão pela qual os juízes próximos da promoção têm a tendência de redigir a motivação de suas sentenças em forma de dissertações científicas, com o objetivo de demonstrar a sua doutrina: sabem, na verdade, que, para a promoção, o que conta são as sentenças doutas, não as sentenças justas.

Pode-se, então, concluir que, ainda quando a magistratura estiver livre de cada ingerência governamental, não se poderá excluir que, no interior dessa instituição independente de qualquer outro poder, a independência de cada magistrado possa ser igualmente ameaçada pela vontade humana de não se indispor com quem poderá definir a sua "carreira". Se não existe mais nos magistrados um conformismo político obsequioso à opinião do Ministro da Justiça, poderá existir sempre um conformismo de casta, obsequioso com a opinião dos superiores: mesmo quando no novo ordenamento judiciário se proibirá aos magistrados (como prevê a Constituição, art. 98) de pertencerem abertamente aos partidos políticos, é facilmente previsível que as eleições do Conselho Superior da Magistratura serão substituídas pela formação subterrânea de tendências políticas ou preferências confessadas, e que os magistrados à espera de promoção buscarão sempre, para não prejudicar a carreira, ajustar-se às tendências que hajam prevalecido na formação daquele supremo conselho judiciário. Em realidade, para garantir a independência do magistrado, e salvá-lo do conformismo, o remédio ideal, ao qual se aproxima o sistema inglês, parece ser aquele de abolir as promoções, e reconhecera todos os cargos judiciais, de qualquer grau, a mesma dignidade e a mesma remuneração, de modo que o magistrado, uma vez designado a um cargo judiciário com base em títulos técnicos, pudesse ficar toda a vida, *quamdiu bene se gesserit*, livre do conformismo, filho bastardo fruto da união do medo com a esperança.

7. O colegiado

O problema da independência e, portanto, da responsabilidade do magistrado, tem outros aspectos: um deles, muito importante, é aquele do funcionamento do colegiado.

Quando o órgão judicante está formado por uma só pessoa física, toda a responsabilidade pela decisão se concentra sob aquele único juiz. A sentença traz o seu nome; é seu todo o mérito e toda a censura. O sentido de responsabilidade é estimulado e aguçado pela solidão. Mas quando o órgão judicante está constituído por um colegiado, que delibera no segredo da Câmara do Conselho (como ocorre na Itália), a colegialidade naturalmente atenua o empenho pessoal daqueles que intervêm na criação de uma decisão, que exteriormente aparece sempre como o produto coletivo e, portanto, em certo sentido, anônimo, de uma deliberação unânime.

Como o silogismo judicial pode servir de pretexto ao juiz para minimizar a responsabilidade da sua sentença sobre o legislador, assim como a colegialidade pode chegar a ser para cada componente do colegiado uma cômoda defesa para não sentir sobre sua própria consciência o peso de uma sentença injusta, e para ocultar no anonimato um voto do qual, individualmente, não se atreveria a assumir a responsabilidade.

Mas este problema tem duas faces: se, de um lado, a colegialidade pode ser, para o juiz, um calmante para silenciar os remorsos da sua consciência, e para consolar-se de haver cometido uma injustiça, com a escusa de que, ao cometê-la, não estava sozinho (se poderia dizer que, sob o aspecto psicológico, o colegiado se assemelha muito à cumplicidade), sob outro aspecto, a colegialidade pode converter-se, em certos casos, em salvaguarda da independência, porque, em determinadas controvérsias politicamente difíceis, em que se trata de andar contra o Poder Executivo ou contra os interesses do partido dominante, o órgão judicante, para subtrair-se à enfadonha autoridade do conformismo, tem necessidade de uma certa coragem: e esta coragem é mais fácil que a tenha um órgão colegiado, que um único juiz.

Em casos como estes, pode ocorrer que, na Câmara de Conselho, os juízes tenham essa coragem.

8. Publicidade e segredo das deliberações

O problema da colegialidade se entrelaça com aquele da publicidade o sigilo das deliberações. Na Itália, embora a publicidade seja uma garantia fundamental do processo na fase processual, a deliberação da sentença, tanto civil como penal, é secreta. Ao fim da audiência, os juízes se levantam e saem pela porta dos fundos, depois que o Presidente pronuncia a fórmula sacramental: "O Tribunal se retira para deliberar". Aquilo que, dentro dizem os juízes entre eles no recinto fechado, ninguém deve saber. É o "segredo da Câmara de Conselho", inviolável como um dogma. Quando os juízes reaparecem na sala, a decisão que vem proclamada é a vontade de todo o colegiado: se houve dissenso ou escrúpulos de consciência, não resta qualquer traço; permanecem sepultados naquele segredo. A maioria vale como unanimidade: a sentença é vontade impessoal do órgão, não das pessoas que o compõem.

Existe, indubitavelmente, neste segredo ritual, um resquício tradicional daquela luz mística que, em um tempo, envolvia a resposta

do juiz: a voz da Sibila (como lhes dizia no primeiro discurso), que vem do alto, sem rosto humano. Por isso, em antigas configurações, a Justiça é representada com a venda sobre os olhos: mais que para não ver, para se iludir de não ser vista.

Mas há que se perguntar se este tradicional segredo da Câmara de Conselho favorece à justiça, e se, mais amplamente, para manter a independência do juiz sem atenuar o seu senso de responsabilidade, seja preferível, em um ordenamento democrático, o sistema do segredo ou aquele da publicidade.

Uma questão análoga se produz no campo parlamentário, onde, como é sabido, as votações são públicas ou secretas. São públicas, no procedimento parlamentar italiano, as votações "por se levantar e sentar" e "por chamada nominal". É secreta a votação dita há pouco "por escrutínio secreto", que se faz depositando uma bola branca ou preta em uma urna. Discute-se se o voto público é o que melhor corresponde à liberdade de opinião e também ao senso de responsabilidade, que são o fundamento de cada democracia, com o qual o parlamentar assume publicamente a responsabilidade e sua atitude política, ou o voto secreto, com o qual o parlamentar, no mistério da urna, pode mais livremente manifestar o sentimento da própria consciência, subtraindo-se à tirania da disciplina do seu partido. Sob o regime fascista, aquela ridícula paródia de assembleia parlamentar que foi a, por assim dizer, "Câmaras dos *fascis* e das corporações", o voto não podia ser dado a não ser publicamente. Os "Conselheiros nacionais" eram chamados a manifestar seu voto sempre com voz viril, alçando o braço na saudação romana: não se admitiam dissidências secretas em uma assembleia de servidores do tirano.[40]

Na vigente Constituição italiana, o voto de confiança ao Governo deve ser dado sempre através do sufrágio público, por chamamento nominal (art. 94): aqui, o voto público deve servir para despertar o sentido de responsabilidade do parlamentar, visto que, podendo a vida ou queda de um Ministro depender do voto de confiança, o parlamentar declara abertamente, em frente à opinião pública, a sua escolha política, aceitando, como vontade também sua, as consequências que podem derivar de sua escolha.

Todavia, a minha experiência parlamentar me leva a considerar que, muitas vezes, também no sistema democrático fundado na pluralidade dos partidos, o voto público pode constituir-se, em certos casos, se não em uma restrição, um freio para a consciência. Assisti,

[40] Lei de 19 de janeiro de 1939, nº 129, que instruiu a Câmara dos Fascios e das corporações, art. 15: "As votações se realizarão sempre publicamente".

uma vez, na Câmara dos Deputados, a uma discussão que durou dois dias, sobre uma questão relativa ao procedimento a ser seguido em uma votação: se tratava de estabelecer preliminarmente, em certa votação, deveria se fazer a chamada nominal, como sustentava o Governo, ou por escrutínio secreto, como postulava a oposição. Parecia uma questão de pura forma, e era, em realidade, uma questão de substância política. Provavelmente, se fosse feito o escrutínio secreto, entre os deputados do partido majoritário poderiam estar numerosas defecções que havia junto ao Governo em crise. Por outro lado, com a votação pública, os deputados de maioria não tiveram coragem de se esquivar publicamente à disciplina do partido, e o Governo foi salvo.

Isso pode demonstrar que as opiniões dos votantes variam segundo o modo de votação: é a forma da votação que cria a substância do voto! E, posto que deputados e juízes são feitos da mesma massa humana, pode ser que isso também seja verdade para os componentes de um colegiado judicante.

9. Exemplos de deliberações públicas das sentenças

O segredo da Câmara de Conselho é tradicional no ordenamento judiciário italiano, mas há outros sistemas em outros países.

Em certos ordenamentos, no desenvolvimento da deliberação da decisão no sigilo da Câmara de Conselho, admite-se que os juízes discordem da opinião da maioria, manifestando, ao final, o seu dissenso, publicando, junto com a sentença, que reflete a opinião da maioria, a motivação escrita do outro voto contrário. Nos Estados Unidos, admite-se também que o juiz, de acordo com o dispositivo da sentença, mas discordante da motivação adotada pela maioria, exponha, por sua conta, uma motivação diversa, igualmente idônea, para chegar à mesma conclusão.[41]

Em outras legislações, admite-se como correta a discussão e a deliberação da decisão em público. Como ocorre nas Cortes inglesas, onde a decisão se vê nascer em audiência, pelas objeções que o juiz apresenta aos advogados antes de ditar oralmente sua decisão ao estenógrafo, ou, quando a Corte é colegiada, pelas perguntas que o

[41] Cfr. I. C. ADAMS, *Elementi di diritto costituzionale americano*, Firenze, 1953, cap. III, nº 4. Exemplos em: *Official edition Law Reports and Sessions Laws State of New York* (nº 591, de 26 de Agosto de 1950).

presidente dirige em audiência aos componentes do colegiado, para se colocar de acordo sobre a solução a adotar.

Um exemplo insigne deste sistema é aquele vigente no México, onde eu mesmo pude observar seu funcionamento, em uma audiência solene da Suprema Corte, para a qual tive a grande honra de ser convidado. A deliberação da decisão nesse supremo órgão judiciário da República mexicana, cujos componentes têm título de "Ministros", acontece em público com uma solenidade que se poderia chamar de parlamentária: em uma sala lotada de público, o Presidente convida o "Ministro" relator a ler o texto de proposta de sentença por ele preparada, e abre, depois, a discussão sobre esta proposta. E se desenvolve, em seguida, na sala, entre os componentes daquele colégio que ordinariamente pedem a palavra, uma discussão que o público segue com muito interesse, e que se encerra, depois da réplica final do relator, com uma votação por chamada nominal. Se o relator recebe a maioria dos votos, sua proposta é logo proclamada como decisão da Corte; se o relator fica em minoria, é designado um novo relator que a proclamará em outra audiência. Os advogados, que já haviam exposto por escrito as suas razões, não participam destes debates: deles participam, entretanto, eloquente e doutamente, os magistrados que devem decidir. Indubitavelmente, este sistema impõe, a todos os componentes do colegiado, uma aprofundada preparação sobre todas as causas, de modo a poderem se manifestar em público. Cada juiz está obrigado a assumir, expondo publicamente sua opinião, a própria responsabilidade frente a quem será julgado e à opinião pública.

10. Méritos e defeitos dos vários sistemas

Também esse sistema pode ter os seus inconvenientes, com propriedade, discutidos pela doutrina mexicana;[42] mas, ao contrário, eu tenho a impressão de que não menos graves são os perigos do sistema do segredo absoluto, vigente na Itália.

De fato, esse sistema, em um país como o nosso, em que, também na psicologia dos juízes, necessita, sobretudo, aproximar-se do combate à preguiça mental e ao conformismo, o segredo corre o risco de servir para agravar os defeitos que se deveriam vencer. Especialmente quando o presidente do órgão colegiado possui um viés autoritário, e na Câmara de Conselho existe o hábito de podar brus-

[42] Cfr. R. DE PINA, *Temas de Derecho Procesal*, 2ª ed., México, 1951, p. 101 a 108.

camente cada intento de heterodoxia, é possível supor que o juiz dissidente se sentiria, encorajado pela publicidade, a se manifestar e a sustentar a opinião que lhe pareça justa, porque sabe que a sua voz, manifestada abertamente, talvez possa provocar um eco na opinião pública. Mas, se esta voz está destinada a permanecer sufocada no segredo da Câmara de Conselho, é previsível, ao contrário, que o juiz dissidente, para não se colocar inutilmente em dissenso com seus superiores (aquele, provavelmente, de quem, cedo ou tarde, dependerá a sua promoção), preferirá ficar em silêncio e acomodar-se no conformismo.

Certo é que, no ordenamento judiciário italiano, o segredo da decisão é um dogma rigoroso. O juiz que, antes de pronunciar a decisão, desejasse, de qualquer modo durante o processo, dar a conhecer sua opinião, cometeria uma falta que talvez o submetesse a sanções disciplinares. No costume italiano, o juiz deve-se manter, por todo o processo, mudo e impenetrável como uma esfinge: também um sorriso pode parecer uma infração à majestade do seu ofício.

Mas tudo isso está em contraste com os princípios modernos do processo oral, que pretende, sobretudo, fundar-se na colaboração direta entre o juiz e os advogados, na confiança e naturalidade de suas relações, no diálogo simplificador de quem nele perguntar e der explicações na busca do esclarecimento da verdade. A tendência do juiz italiano em se fechar no seu impenetrável silêncio presta-se, muitas vezes, a provocar a dilação do processo. O advogado que fala diante de um juiz que obstinadamente se cala e que mede, até mesmo, os seus próprios gestos para não trair o seu pensamento, está obrigado a falar às cegas, com o risco de se alongar ao expor argumentos que o público já está convencido, e de não responder a objeções que o ouvinte propõe dentro de si, mas se cuida bem para não traduzir em palavras.

Certos juízes, atingidos pela tradição, creem que, para melhor preservarem a sua dignidade e a sua autoridade diante dos advogados, seja indispensável assumirem, em suas cadeiras, uma impassível solenidade de ídolos, e colocar, entre eles e os defensores, um dispositivo de incompreensão e soberba. Mas, por sorte, ainda entre nós, são sempre mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm coragem de romper essa barreira de desconfiança, e de fazer parte ativa nos debates, sem medo de interromper o discurso do defensor, para lhe fazer perguntas e objeções, e para questioná-lo sobre temas essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua

função, e os advogados deverão ser particularmente gratos a estes magistrados que ousam romper a regra monástica do seu silêncio, para transformar a audiência, de inútil monólogo de um retórico diante de um conselho sonolento, em um diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, a compreensão e o convencimento.

É preciso também que, com a finalidade de que as instituições judiciárias correspondam à exigência de uma sociedade de homens livres, abolir a tradicional clausura, e permitir que também no processo circulem, entre magistrados e advogados, esse sentimento de confiança, de solidariedade e de humanidade que é, em todos os campos, o espírito animador da democracia.

Entre as lembranças mais caras da minha longa experiência forense, há aquela de um presidente de Corte, atualmente desaparecido, que, depois de quarenta anos de permanência contínua na função judicante, confessava-me que experimentava ainda, ao tempo em que exercia a função decisória, o sentimento de trepidação e de comoção com o qual, assim que havia sido admitido a magistratura, teve que proferir sua primeira decisão. Quarenta anos de experiência lhe haviam confirmado que justiça não quer dizer insensibilidade; que o juiz, para ser justo, não quer dizer que deva ser sem piedade. Justiça que dizer compreensão: mas o caminho mais direto para compreender os homens é aquele de se aproximar a eles com o sentimento.

Uma vez, este magistrado presidia uma sessão em uma Corte de Apelação: era o caso de uma empregada doméstica, acusada pela patroa de haver furtado talheres de prata. O julgador de primeiro grau a havia absolvido por entender que ela não cometera o fato, mas o Ministério Público havia apelado. E então, no julgamento da apelação, o Ministério Público direcionou sua manifestação de forma violenta contra a recorrida, que, prostrada no banco dos réus, chorava silenciosamente. Em dado momento, enquanto o acusador continuava nas suas invectivas, viu-se o presidente chamar o escrivão, e lhe dizer alguma coisa a baixa voz: e o escrivão, como se levasse um recado, aproximou-se da acusada e lhe disse alguma coisa no ouvido. Ela enxugou os olhos e parou de chorar.

O público que assistia à sessão viu a cena, mas não entendeu o significado. Quando a sessão terminou, e a Corte se retirou para deliberar na Câmara de Conselho, um expectador se aproximou do escrivão e lhe perguntou o que lhe havia dito o presidente. E o escri-

vão disse: – Disse-me: vá dizer àquela senhora que pare de chorar, porque vamos absolvê-la.

Este magistrado violou o segredo da Câmara de Conselho, mas soube respeitar as leis da humanidade. Porque a humanidade exige não prolongar, em favor das formas cruéis, a dor do inocente.

[21 de fevereiro de 1952]

— IV —

A crise da motivação

1. A motivação como justificação lógica da sentença

O sinal mais importante e mais típico da "racionalização" da função jurisdicional é a motivação.

A sentença deve ser motivada. Em todos os códigos processuais modernos, civis e penais, a motivação está prescrita como um dos requisitos essenciais da sentença: para quem deseje ver na sentença somente o aspecto lógico, a motivação é a enunciação das premissas do silogismo em cuja conclusão está o dispositivo. O requisito da motivação é considerado tão importante, a ponto de ser elevado à categoria de garantia constitucional: o art. 111 da Constituição estabelece que "todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados".

Este requisito da motivação tem, antes de mais nada, uma função exortativa e, por assim dizer, pedagógica. O juiz não se contenta mais em comandar, não se limita mais ao "*sic volo, sic iubeo*", pronunciado do alto do seu lugar, mas desce ao nível de quem é julgado e, ao mesmo tempo em que comanda, procura explicar a racionalidade daquele comando. A motivação é, antes de tudo, a justificação, que pretende ser persuasiva da bondade da sentença. Desde o momento em que a justiça desceu dos céus para a terra, e se começou a admitir que a resposta do juiz é palavra humana, e não um oráculo sobrenatural e infalível que se adora e não se discute, o homem sentiu a necessidade de razões humanas para encontrar a justiça dos homens. E a motivação se constitui naquela parte racional da sentença que serve para demonstrar que a sentença é justa e por que é justa; e também para persuadir a parte sucumbente que a sua condenação foi o necessário ponto de chegada de um mediato raciocínio, em lugar de ser fruto improvisado de arbítrio e de opressão.

Mesmo a nós, advogados, pode ocorrer, quando o juiz nos contraria, de encontrar na motivação da sua sentença os argumentos nos quais antes não havíamos pensado, e que nos permitem conhecer o erro da tese que sustentamos anteriormente: e perder uma causa, percebendo havê-la perdido justamente, pode produzir em nós quase o mesmo efeito tranquilizador que nos produziria obter a razão quando se tem o convencimento de possuí-la.

2. A motivação como o caminho para a impugnação

Mas, além dessa finalidade psicológica de justificação e de persuasão, a motivação tem também outra função mais estritamente jurídica, qual seja, aquela de colocar as partes em condições de verificar se, nas razões que conduziram o juiz a decidir em certo sentido, é possível revisar algum daqueles defeitos que dão margem aos vários meios de impugnação.

O fundamento das diversas impugnações que a parte sucumbente, de acordo com os casos, pode fazer uso diante do mesmo juiz ou diante de um juiz superior, é, na maior parte dos casos, um vício, um erro, um desvio efetuado no *iter* lógico percorrido pelo juiz, que, em certo momento, o levou para fora da estrada, fazendo-o alcançar, no dispositivo, uma meta equivocada, isto é, uma conclusão diversa daquela que seria justa. Então, a motivação, que é o relato, escrito na sentença, dos motivos de fato e de direito que levaram o juiz àquela conclusão (quase, se poderia dizer, o mapa de viagem da lógica judicial), é o trâmite indispensável para se introduzir o leitor dentro do pensamento do juiz, para lhe dar a possibilidade de controlar se, no caminho dos seus silogismos, existiu, em qualquer ponto, uma queda ou um desvio do seu rumo correto. A motivação torna-se, assim, o espelho refletor dos erros do juiz: quando um advogado analisa uma sentença para descobrir motivos válidos de impugnação, o terreno no qual ele vai à caça de erros é, sobretudo, aquele da motivação, onde revira cada parágrafo, frase por frase, palavra por palavra, porque pode ocorrer que, em uma palavra em especial ou em um simples sinal gramatical, seja suficiente para introduzir a estaca da impugnação naquela decisão, e fazer desmoronar todo o edifício. Tanto é verdade que a motivação é uma garantia essencial da impugnação, que, no direito italiano, tal como outras legislações, está previsto, como especial motivo para recorrer em cassação, a "omissão, insuficiente ou contraditória motivação sobre um ponto decisivo da

controvérsia, pleiteado pelas partes ou suscitado de ofício" (art. 360, nº 5, CPC).

3. O veredito não motivado e não impugnável dos jurados; reforma das cortes de Assisse, na Itália

Motivação e impugnação são, nas legislações processuais, institutos, em certo sentido, paralelos: frequentemente, onde não está prevista a motivação, a impugnação não está prevista, porque cada impugnação pressupõe uma crítica e uma censura do ato que se impugna, o que é praticamente impossível quando não se possam conhecer as razões sobre as quais o ato se funda e se justifica.

Por isso, não eram apeláveis, quando ainda estava em vigor entre nós o sistema dos jurados populares, as decisões das Cortes de Assisse: não sendo motivado o "veredito" dos jurados, não poderia ser criticável e, então, apelável a decisão que se apoiava sobre si mesma. Os jurados deviam responder com um sim ou com um não aos quesitos apresentados pelo presidente, sem dizerem as razões da sua resposta, cujos motivos deveriam permanecer enclausurados no segredo de sua consciência, sem o esforço que é sempre imposto ao juiz togado, de procurar traduzir em frios silogismos os impulsos sentimentais, dos quais, frequentemente, antes que da razão, brota a sentença. Mas o julgamento não motivado dos jurados era limitado ao fato e à sua qualificação penal: o juiz togado, que tinha a função final de aplicar a pena a fato examinado e qualificado pelos jurados, e de acrescentar, assim, ao veredito aquilo que faltava para torná-lo sentença, deveria manifestar, por sua conta, os motivos da sua decisão. Assim, a motivação estava restrita necessariamente ao limitado campo da pena a ser aplicada, e só neste limitado campo a sentença poderia ser impugnada em Cassação.

O júri foi abolido na Itália pelo regime fascista, sobretudo, por razões políticas, pois parecia um daqueles institutos inspirados pela ideia oitocentista da soberania popular, contra a qual atua a ditadura. E, em lugar do sistema de jurados, no qual a formação da sentença se perfectibiliza em duas fases cronologicamente distintas, confiadas a dois órgãos diversos funcionando separadamente,[43] foi adotado um colegiado único de formação mista, composto por juízes togados e de "assessores", cujas sentenças deveriam ser motivadas, de fato e de direito, segundo as regras comuns.

[43] CALAMANDREI, *La sentenza soggetivamente complessa*, in *Studi*, II, p. 211.

Mas, também depois da queda do fascismo, os jurados não foram restabelecidos na forma antiga: vieram menos as razões políticas que haviam levado à sua abolição, permanecendo válidas, para não reconstruí-lo, as razões técnicas. A Constituição vigente manteve em vigor o princípio da "participação direta do povo na administração da justiça" (art. 102), mas, posto que, pelo art. 111 da mesma Constituição, todos os provimentos jurisdicionais devem, sem exceção, ser motivados, considerou-se que, com este inderrogável princípio constitucional, não seria mais conciliável a retomada do veredito não motivado. Assim, hoje, também as decisões das Cortes de Assisse devem ser integralmente motivadas, de fato e de direito, e, consequentemente, contra elas se admite a impugnação de fato e de direito.[44] É possível que esta abolição seja correta, pois o sistema tradicional de julgamento popular, no qual os jurados eram chamados a julgar sem dizer as razões pelas quais decidiam, parecia feito com o propósito, como tantas vezes demonstrou, para instigar os jurados a julgar de modo irracional, de modo que sua decisão, mais que a expressão de pura sensibilidade social, se reduzia frequentemente a ser o triunfo da "irracionalidade pura", tanto mais perigoso que sua irracionalidade institucional retirava toda possibilidade de impugnação motivada.

4. A motivação como justificação sucessiva do dispositivo

A motivação parece dar a comprovação *per tabulas* da natureza essencialmente lógica da sentença: pode-se dizer que o silogismo judicial, antes de viver nas construções dos teóricos, vive na realidade judicial, em razão de que a mesma lei exige que cada sentença seja acompanhada daquela espécie de radiografia lógica que faz aparecer, por transparência, o esqueleto racional. Quase se diria que a mesma lei, ao exigir que, no texto definitivo da sentença, o dispositivo seja precedido da motivação, deseja aparecer à luz do sol a estrutura silogística da sentença e persuadir as pessoas que naquela concatenação rigorosa de vértebra lógica, nenhum caminho foi deixado à arbitrariedade.

Todavia, alguma dúvida surge quando se alerta que, segundo o que as mesmas leis processuais admitem, a parte dispositiva da sen-

[44] Lei de 10 de abril de 1951, nº 287, sobre a reorganização dos julgamentos de *assisse* (modificada pela Lei de 24 de novembro de 1951, nº 1324, e Lei de 5 de maio de 1952, nº 405).

tença, em lugar de ser cronologicamente um *posterius* da motivação, é normalmente um *prius*: a sentença, como ato de vontade, já nasceu antes que o juiz haja claramente expressado quais são as razões lógicas que o levaram a querer assim. A conclusão do silogismo já está fixada irrevogavelmente, antes que haja sido formulada a premissa.

Segundo o artigo 274 do CPC, que regula a deliberação da sentença na Câmara de Conselho, "terminada a votação, o presidente escreve e assina a parte dispositiva. A motivação é, logo após, manifestada pelo relator". Somente quando a redação da motivação foi finalizada, a sentença pode ser publicada (art. 133 CPC), e isso pode ocorrer depois de muitos dias, eventualmente, depois de muitos meses de quando a sentença foi proferida. Ainda mais característico é aquilo que se verifica no processo penal, no qual a sentença é imediatamente "pronunciada" ao final dos debates, mediante a leitura em audiência pública somente do dispositivo (art. 472 CPP), mas também aqui, a sentença completa, acompanhada da motivação que justifica aquele dispositivo, é entregue em cartório dentro de quinze dias (art. 151 CPP).

Estas normas produzem certa perplexidade: a motivação é verdadeiramente a premissa lógica da qual, como consequência necessária e inelutável, deriva aquela parte dispositiva, ou não é suficientemente uma espécie de autoapologia da tese imposta, com a qual o juiz, que já definiu uma vontade surgida de móveis destinados a permanecer ocultos no segredo de sua consciência, busca argumentos defensivos, de aparência racional, para tratar de se justificar publicamente?

As disposições das leis processuais que lembramos podem fazer pensar que a motivação outra coisa não seja que um expediente de hipocrisia formal estabelecido, dir-se-ia, para dar um disfarce lógico a uma vontade nascida de outros móveis, que podem ser também o arbítrio e a injustiça.

Em realidade, estas disposições, as quais, com cândida sinceridade, reconhecem que, na consciência do juiz, o dispositivo pode nascer antes da motivação, são a melhor demonstração da insuficiência e da unilateralidade daquelas teorias que reduzem a sentença a um esquema de silogismo. Aqui, é a mesma lei que nos diz o contrário. Seria insensato o contador que pretendesse fixar o total da soma antes de conhecer as cifras da adição, mas a sentença, como se disse, não é operação aritmética. É um ato muito mais complicado e misterioso, que tem suas raízes na consciência moral, e não se explica com as abstratas leis dos números.

A motivação, na maior parte dos casos, reflete, mais que um estudo prévio realizado pelo juiz para decidir corretamente, um exame de consciência sucessivo, realizado pelo juiz para persuadir-se de haver bem julgado. A motivação é uma comprovação lógica para controlar, à luz da razão, a bondade de uma decisão resultante do sentimento. É a "racionalização" do sentido de justiça; é a demonstração, que o juiz quer dar a si mesmo antes que às partes, da *ratio scripta* que convalida a descoberta do nascimento de sua intuição.

5. O "sentido jurídico" dos advogados

No fundo, também no sistema da legalidade, os juízes, ao decidir as causas, atuam como os advogados para defendê-la: primeiro, vem a intuição, quase se diria a fantasia, para revelar a tese a sustentar; depois, vem a dialética a buscar os motivos jurídicos para sustentá-la.

Quem possui alguma experiência da advocacia forense sabe como, frequentemente, se forma na mente do advogado o conselho que deve dar a quem se dirige a ele para iniciar um processo (falo do advogado honesto, daquele que sabe ser o primeiro juiz de seu cliente). O cliente, ao dar as primeiras informações ao advogado, coloca diante dele um número significativo, uma série de fatos grosseiros, em meio aos quais não se consegue descobrir traços de perfis jurídicos. Então, o advogado se coloca pacientemente a fazer a escolha, a investigar e a combinar os fragmentos separados, a colocar ordem naquela confusão. E, ao fim, no advogado se produz como uma iluminação: aquela mistura sem forma se purifica e se restabelece a unidade, e, de pronto, separa (como Leonardo adivinhava figuras humanas nas manchas de humidade dos velhos muros) os lineamentos de uma figura típica, que dá um sentido jurídico àqueles fatos. Somente quando esta descoberta do caso típico foi feita, mais pela intuição que pelo raciocínio, acompanhada de um sentimento quase instintivo de simpatia ou de repugnância, começa o trabalho de investigação e de controle na legislação e na doutrina.

Este "sentido jurídico" é uma lenta conquista de décadas de experiência forense. Ao final, torna-se uma espécie de clarividência, e quando, depois que este sentido deu sua resposta, e se consegue encontrar, folhando os tratados e precedentes, a confirmação segura, fundamentada e racional da sua correção, este é um dos momentos felizes da vida do jurista, porque se presta a confirmar que o sentido

da justiça não é uma variável ilusão subjetiva, mas uma educação do espírito que se afina e se aperfeiçoa com a experiência, ao ponto de poder alcançar em seu próprio interior, por intuição, aquela solução justa, que encontra nos livros a comprovação segura da doutrina.

Os profanos creem que os juristas são aquelas pessoas oniscientes, que conhecem todas as leis de memória. Infelizes juristas se devessem aprender de memória dezenas de milhares de artigos em contínua evolução! Mas o jurista não é um prontuário legislativo: o jurista (já o ensinou com o exemplo Vittorio Scialoia) é quem sabe como se deve estudar um caso jurídico, é ele que conhece o método para descobrir os aspectos jurídicos dos casos humanos. Mas, sobretudo, é ele que sente como um caso deve ser resolvido. Muitas vezes, quando um dos meus jovens colaboradores vem a mim para pedir conselho sobre um caso que está estudando, digo-lhe: – Não estudei o caso e não sei quais normas o regulam; mas sinto que deve ser uma lei que regula tal coisa; ou, se a lei não existe, deve haver algum precedente jurisprudencial neste sentido ... – Eu não conheço a lei e não consultei a jurisprudência; mas quando, posteriormente, o meu jovem colaborador, em razão da pesquisa conduzida no caminho desta intuição, vem a mim para dizer que, escondido no labirinto das leis especiais, encontrou precisamente o artigo imaginado, ou em um velho precedente se encontra precisamente a sentença que confirma o meu diagnóstico, isso me dá a mesma alegria que sente o investigador de laboratório, quando o microscópio lhe dá a confirmação experimental da hipótese sugerida pela sua intuição.

6. Intuição e lógica da sentença

O mesmo acontece com os juízes, para os quais o momento verdadeiramente decisivo e culminante do seu trabalho é aquele de encontrar o dispositivo; posteriormente, a motivação vem por si só, se nos referirmos aos juízes que sejam cuidadosos quanto ao sentido do direito. Entre os magistrados chamados para julgar qualquer causa mais complicada e difícil, ouvi frequentemente esta frase: "Sentença de fácil decisão, mas difícil de motivar". Explica-se, assim, aquele costume adotado nas cortes colegiadas americanas, pelos quais não só se permite ao juiz dissidente publicar os motivos do seu dissenso, mas se admite também que os juízes, encontrando-se de acordo em aprovar o dispositivo, tenham opinião diversa sobre a motiva-

ção mais idônea para justificá-lo.[45] Isso confirma que, nem sempre, aquele dispositivo é uma consequência necessária daquela motivação: também nos caminhos da lógica pode ocorrer que exista mais de um caminho para chegar a Roma.

7. A motivação como controle do "sentido jurídico"

Naturalmente, se, na realidade psicológica da função judicante, a motivação é um *posterius* do dispositivo (explicação mais que preparação), pode acontecer que a motivação chegue a ser uma cortina para esconder os verdadeiros motivos do nascimento daquele dispositivo: para mascarar, com uma motivação plausível, as verdadeiras razões da decisão, que são inconfessáveis. Foi feito, certa vez, por um jurista alemão, um trabalho paciente de análise sobre várias dezenas de sentenças, para demonstrar que os motivos declarados na sentença não eram os verdadeiros motivos que haviam levado àquela decisão: um trabalho sutilíssimo de psicologia e de lógica judiciária, voltado a descobrir, sob a motivação aparente, a motivação verdadeira.[46] Frequentemente, ao estudioso afastado do mundo forense, que lê, relatado por aquela revista jurídica, a elaborada motivação de uma sentença, pode chegar a suspeitar que nem mesmo o julgador estava convencido de seu raciocínio, em virtude dos contorcionismos e das sutilezas dialéticas que teve que recorrer para justificar sua tese; e que aquela fundamentação de estilo advocatício serve para encobrir a inserção ilegal de uma atitude parcial ou de alguma arbitrariedade.

Para se conseguir que, na formação da sentença, se produza a desejável coincidência entre a intuição que a dita e a razão que a controla (e que, por consequência, a motivação seja verdadeiramente uma leal explicação, e não um falso disfarce da decisão), é necessário que, no juiz, sentimento e razão estejam, por assim dizer, em unissonância: ou seja, que aquele sentimento social vivo na consciência do juiz, pelo qual ele chega à sua decisão antes da sua fundamentação, seja o mesmo sentimento social com qual o legislador tratou as suas leis. Isso é o que se quer dizer quando se fala de *ratio legis*, de "espírito da lei", de "intenção do legislador". Nos regimes democráticos, a lei é um produto da consciência social. O legislador de um Estado

[45] Cfr. ADAMS, ob. e loc. cit.

[46] Cfm. L. BENDIX, *Die irrationalen Kräfte der zivilrechtlinchen Urteilstatigkeit*, etc. (Breslau, 1927).

democrático não tem o arbítrio (como, pela força e por certo período, o tirano ou o ditador) de produzir leis por capricho, em contraste com as exigências da história, mas deve encontrar inspiração (e o sistema parlamentar é feito para isso) da consciência coletiva da sociedade em que está o intérprete. Também o juiz vive imerso na sua sociedade, e, quando interpreta a lei para aplicá-la ao caso prático, deve buscar inspiração no mesmo sentimento de utilidade social em que a lei nasceu. Investigar a "intenção do legislador" quer dizer precisamente mergulhar nas mesmas fontes sociais e políticas em que imergiu o legislador para entender plenamente o significado e o alcance da lei.

Quando se diz (inclusive, eu mesmo cheguei a dizê-lo) que, no sistema da legalidade, entre o juiz e a política, encontra-se no meio a muralha da lei,[47] diz-se algo que é correto em parte, porque pode ocorrer que, mesmo para compreender plenamente a lei, para ser fiel intérprete e para estar de forma uníssona com ela, o juiz deva ascender às razões históricas, que significam dizer políticas e sociais, de onde nasceu a lei. Se uma lei surgiu de uma mudança revolucionária de regime, não pode o juiz, ao aplicá-la, deixar-se guiar pelos sentimentos contrarrevolucionários e reacionários: no sistema da legalidade, o sentimento deve ser, para o juiz, um estímulo para continuar e para desenvolver a lei, não uma instigação para iludi-la, para traí-la, para torná-la vazia.

8. Crítica marxista à justiça "burguesa"

Mesmo que o tempo me impusesse dedicar a este argumento não mais que uma fugaz alusão ao tema, nestes momentos gostaria de me deter para examinar, pesando os prós e contras do fundamento daquelas críticas que os marxistas endereçaram à justiça que chamam de "burguesa", ou seja, aquela organizada pelos Estados da Europa ocidental, administrada por uma ordem judiciária que é independente de cada poder, composto de juízes juristas nomeados vitaliciamente, cuja função é somente aquela de aplicar fielmente as leis emanadas pelo Poder Legislativo. Não é necessário recolher estas críticas em uma fonte autorizada do pensamento soviético, como Vyshinsky.[48] Basta ler as páginas de um inglês convertido ao

[47] CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit.
[48] Ob. e loc. cits.

marxismo, Harold Laski,[49] para encontrar ali demonstrado que a justiça "burguesa" é uma justiça "de classe", na qual o juiz, como qualquer jurista, é o intérprete das leis ditadas para tutela da riqueza e do privilégio, e vem a ser, sem avisá-lo, um instrumento desta mesma tirania, chamado a justificar, com seus sutis sofismas, a prepotência do rico em prejuízo do pobre. No contraste entre os humildes e os poderosos, que está no centro do imortal romance manzoniano, o doutor Azzeccagarbugli escolheu, sem vacilar, a parte dos poderosos.

Indubitavelmente, existe nesta crítica algo de verdade, não só porque os juízes juristas, aos quais é exigida uma preparação universitária que os filhos das classes pobres não tiveram meios para obter, provêm frequentemente das classes chamadas "burguesas", mas também porque, e a lei é a expressão dos interesses da classe dominante, é inevitável que o juiz, se quer ser o fiel intérprete desta lei, chegue a ser um instrumento dos mesmos interesses e, portanto, sem se dar conta, um instrumento de domínio social da classe que está no poder. De modo que, pode ocorrer que os oprimidos, que somente com a sentença do juiz sentem a concreta mordida desta opressão que na lei aparece abstrata e potencial, sentem-se inclinados a tomá-la não como sendo do legislador distante, mas do juiz que está junto a eles, e que traduz, em sofrimentos individuais, aquela ameaça que na lei aparece remota e inócua. Muitas vezes, o juiz recebe, por parte da opinião pública, o peso da culpa do legislador: juízes de classe, porque intérpretes das leis de classe. Precisamente aqui, a Cidade do México, nos murais alegóricos, com os quais o pintor Orozco adornou o palácio da Suprema Corte de Justiça, pode-se ler, em claros símbolos, o que pensa o povo encarcerado, em relação aos juízes colocados ao serviço dos regimes de opressão.[50]

Mas a acusação perde grande parte de seu valor nos ordenamentos judiciais dos Estados submetidos a um regime democrático parlamentar, onde, mesmo que os juízes sejam nomeados vitaliciamente e provenham, com frequência, da classe média, o mecanismo constitucional está estruturado de modo a permitir uma contínua renovação da classe política ao poder e, portanto, dos interesses que esta classe traduz nas leis. De modo que, essa gradual adequação às novas exigências sociais, que se efetuam na legislação, repercute necessariamente (e, às vezes, se anuncia com antecedência) na juris-

[49] H. J. Laski, *Democracy in Crisis*, 1933, tradução italiana de A. Schiavi, *Democrazia in crisi*, Bari, 1935, p. 118-127, *Parlamentary Government in England*, 1938, tradução francesa: *Le gouvernement parlamentaire en Angleterre*, Paris, 1950, p. 242 e segs.

[50] Um detalhe de um destes painéis se reproduz na capa da edição italiana deste livro.

prudência dos juízes, na qual, melhor que nas leis, pode-se seguir o caminho cansativo, mas ininterrupto, da justiça social.

Como consequência, pode-se observar que, quando os marxistas acusam a justiça "burguesa" de ser um instrumento de luta política de que se serve a classe dominante para se manter no poder, fazem uma reprovação que, também se em parte com fundamento, pode, com maior razão, voltar-se contra eles. Na ditadura do proletariado, a justiça abertamente se vangloria de ser uma arma de luta política para a defesa do socialismo, com a única diferença que, no sistema ocidental da legalidade, a política pode chegar até o juiz, mas somente pela infiltração capilar, depurada e moderada, através do filtro poroso da lei.

9. A crise da motivação

A função normal da motivação, que é aquela de dar uma sustentação racional ao sentimento social da justiça, de onde a sentença traz o seu primeiro impulso, desenvolve-se harmonicamente, por assim dizer, de maneira psicológica, nos períodos históricos dos Estados e de pacífica evolução social continuada sem bruscos sobressaltos, quando as leis em vigor são acatadas pela maioria da opinião pública, correspondendo ao sentimento popular. E quando o juiz, ao aplicá-las, pode se sentir espiritualmente em consonância com o legislador de seu povo.

Mas o drama da motivação começa quando o sentimento social do juiz se encontra em dissonância com aquele que inspirou o legislador, ou seja, quando o juiz, em razão de acontecimentos históricos que produziram bruscas transformações políticas e rupturas na continuidade jurídica, encontra-se no dever de aplicar uma lei que, em sua consciência, considera socialmente injusta. Há um ditado que, no sistema da legalidade, equivale ao princípio *dura lex sed lex*, e que, por consequência, o juiz deve considerar a lei como ela é, sem justificá-la. Mas o juiz é um homem vivo, e, como tal, antes de aplicar a lei, julga-a; inclusive, quando esteja pronto para a obediência, não pode silenciar dentro de si a valoração moral e política que lhe vem da consciência. E se, fazendo silenciar essa voz, encontra-se obrigado a aplicar uma lei que, em seu íntimo, não tem confiança, é de esperar que a aplique mecanicamente por dever de ofício, com frio pedantismo burocrático, mas não se poderá pedir que seja um vivificador e um recriador daquela lei a que ele se sente intimamente estranho francamente hostil. Lei que ficará, portanto, confiada a

um juiz que não a aprecia e não compartilha os motivos de sua criação, transformada em uma árida fórmula reduzida às exegeses literais.

Verificam-se, então, aquelas situações patológicas de dissonância e de silencioso contraste entre o juiz e a lei, nos quais a motivação perde a sua função fisiológica e se transforma, de acordo com os casos em concreto, em um pano de fundo para a hipocrisia, estabelecido com a função de ocultar os verdadeiros motivos da decisão, ou uma forma de protesto encoberto, com o qual o juiz, dizendo formalmente o que a lei lhe impõe, esforça-se em revelar com transparência, sob a motivação aparente que deveria servir para demonstrar a justiça da sentença, as razões que, para ele, fizeram parecer injusta.

A crise da legalidade, em cuja base se encontra sempre uma discordância mais ou menos aguda entre as leis em vigor e as exigências sociais, torna-se visível no campo da justiça, naquele singular fenômeno de patologia judiciária que se pode chamar de a crise da motivação.

10. Motivação evasiva da lei

Têm sido tantas no mundo, nestas últimas décadas, e provenientes também de vários lugares, as causas desta crise da justiça refletida na motivação, que os estudiosos tiveram a possibilidade de distinguir e classificar, como em um laboratório experimental, as diversas figuras típicas do mesmo fenômeno. E também na Itália tivemos repetidas experiências nesse sentido.

Primeiramente, encontramos, no período da ditadura e da invasão estrangeira, a perturbação dos magistrados obrigados, pelos opressores de dentro e de fora, à aplicação das leis cruéis e insensatas, contra as quais se rebelava a sua consciência humana (como ocorrida com as leis consideradas "racionais", perseguidoras dos hebreus). E, ainda mais grave, o tormento dos magistrados chamados a condenar, como juízes, as violações das leis que também eles, como cidadãos, se viam na obrigação de violar todo dia. Não consigo esquecer o caso angustiante de um juiz chamado para condenar cidadãos acusados de haver adquirido víveres junto ao "mercado negro", contrariando as leis de abastecimento do tempo de guerra, e que, todas as manhãs, antes de ir para as audiências, devia caminhar freneticamente pela cidade, para buscar adquirir, junto ao mercado

negro, um pouco de carne para seu filho, consumido por uma longa enfermidade.

Foi lançado recentemente na América um ensaio muito original pelo professor Cahn, intitulado "O sentido da injustiça" (*The sense of injustice*),[51] o qual, para demonstrar pragmaticamente como o sentido da justiça se revela e atua na vida social e na vida judiciária, ou seja, naquela natural rebelião que se desperta nas consciências diante da injustiça: como a doença nos faz desejar o bem, antes inadvertido, da saúde, ou como o ar, do qual se sente a necessidade só quando se vem a faltá-lo, assim é o sentido da injustiça, que revela o valor da justiça quando ela é colocada em perigo. Diante de certas leis inumanas, como aquela de persecução "racional", era incontestável este sentido de injustiça, mais forte que toda justificativa apresentada, que empurrava os juízes a buscar engenhosos pretextos dialéticos para contornar, nos seus julgamentos, a implacável loucura dessas leis abomináveis. E a motivação era, frequentemente, o pano de fundo habilmente estudado para realizar essa generosa traição. Seria uma indagação de grande interesse político e social aquela que objetivasse reconstruir, através do estudo analítico das motivações, quais esforços fizeram os magistrados para restringir e atenuar o ingresso de leis odiosas, contrárias à sua consciência. No êxito dessa indagação, pode-se encontrar a medida do nível moral da Magistratura naquele período.

11. Motivação polêmica

Mas nos países em que a guerra provocou o colapso das ditaduras e o retorno da liberdade, a crise da motivação se manifestou também, depois da queda do velho regime, de outra forma e em sentido oposto.

A queda do regime fascista não produziu uma radical renovação das pessoas na ordem judiciária, nem uma grande mudança na legislação ordinária. Mesmo depois da entrada em vigor da Constituição republicana, grande parte das velhas leis permaneceu em vigor, e, para aplicá-las, permaneceram nos seus postos os mesmos magistrados que, por vinte anos, estavam habituados a interpretá-las com o espírito do conformismo. O hábito se torna, depois de muito tempo, uma forma de esclerose também no ato de julgar. O regime já caiu, as premissas constitucionais estão derrubadas, mas as leis a

[51] E. N. CAHN, *The sense of injustice*, New York, 1950.

aplicar são as mesmas. Como pode fazer o juiz, envelhecido em duas décadas de ditadura, para interpretar, com novo espírito democrático, as leis que, por vinte anos, ele sentiu animadas por uma inspiração autoritária?

Um juiz que não esteja irremediavelmente aficionado ao espírito das velhas leis, pode recorrer à interpretação evolutiva: nas formas elásticas das leis que permaneceram aparentemente imutáveis, pode ingressar, por meio da referência ao princípio geral do novo ordenamento, um novo espírito. O intérprete que queira realizar a pequena tarefa de levantar a cabeça da página do seu código e olhar por um instante para a janela o que aconteceu na rua, irá se dar conta facilmente que o significado de certos artigos, cuja fórmula não foi tocada pelo novo ordenamento, hoje está absolutamente em sentido contrário àquilo que estava sob o regime que caiu. Por exemplo, o crime de "propaganda subversiva" (art. 272 do Código Penal) significa hoje, em concreto, justamente o contrário daquilo que significava vinte anos atrás.

Mas nem todos os juízes são capazes de realizar essa pequena tarefa, especialmente aqueles envelhecidos no cargo, que permanecem frequentemente apegados aos velhos ídolos lógicos. É difícil que, depois de haver interpretado leis por vinte anos com certo espírito, possuam a agilidade mental que se exige para se livrar do velho conformismo e se adaptar ao novo espírito. Pode ocorrer que, nos períodos sucessivos a uma brusca transição, na motivação das sentenças aflorem as mais impensáveis dissonâncias ou "discrepâncias" históricas: leis republicanas interpretadas com espírito monárquico; leis antifascistas interpretadas com espírito fascista; leis inovadoras interpretadas com espírito conservador. E, às vezes, a motivação vai em sentido contrário ao dispositivo, inclusive, tendo a finalidade de desacreditar o dispositivo.

A doutrina conhece há tempo a, por assim dizer, sentença "suicida",[52] nas quais o juiz tem o cuidado de deixar transparecer, na motivação, que, na sua consciência, embora por conformismo, haja se resignado em decidir de determinado modo, está, todavia, plenamente convencido que a sua decisão é injusta, de modo que, para salvar sua alma, enaltece os benévolos leitores a não levá-la a sério, e que busquem reformá-la em grau de apelação.

Mas, neste último decênio, todos os países atingidos pela catástrofe conheceram outras figuras de "desorientações" da motivação,

[52] G. ESCOBEDO, *Sentenze suicide*, Città di Castello, 1941.

como as sentenças polêmicas, nas quais alguns juízes nostálgicos utilizaram, como pretexto para o caso submetido ao seu exame, para transformarem a motivação, na qual deveriam somente consignar os motivos jurídicos atinentes à causa, em uma tribuna de comício destinada a externar os sentimentos do homem de partido.

Inclusive, existem outros subterfúgios menos leais, como aquele de um dispositivo absolutório que o imputado, plenamente satisfeito da absolvição, não tinha interesse em apelar dentro do breve lapso recursal decorrente da sua publicação, mas, quando aquele lapso já havia expirado, foi inserida uma motivação infamante, contra a qual não havia mais possibilidade de recorrer.

12. A crise do direito nos períodos de rápidas transformações políticas

Mas estes, por sorte, são casos excepcionais, sintomas isolados daquele desconforto que, inevitavelmente, atinge também as instituições jurídicas após as grandes mudanças históricas, até que a nova ordem haja superado a fase de assentamento.[53] Depois, gradualmente, os velhos juízes incorrigíveis se aposentam, sobrevindo, em seus lugares, os jovens crescidos no novo clima político, e se retoma, na magistratura, aquela consonância com o espírito das novas leis, que, por alguns anos, havia sido afetado, e se acalma a "crise da motivação".

Não há necessidade de se desencorajar por isso, só porque, nos períodos de generalizada comoção social, também os juízes sofrem dessa incoerência, por perderem a fé na justiça.

O jurista francês Ripert, professor junto à Faculdade de Direito de Paris, escreveu, há alguns anos (1949), um livro digno de meditação: *Le déclin du droit, que soa como um sino sobre a crise da legalidade que atinge a Europa*.[54] Ripert faz uma aguda e diligente análise: a lei do mais forte, a generalização publicista do direito privado, o espírito de desobediência, a descontinuidade do direito, a incerteza jurídica, a debilidade dos direitos individuais. A conclusão do eminente jurista é sobremaneira inconsolável: o direito está em decadência ... Mas a sua conclusão me faz recordar, com todo o respeito devido ao seu compreensível e tocante desconforto de velho estudioso,

---

[53] Cfr. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, no volume *La crisi del diritto*, publicado pela Università di Padova (Padova, 1953).

[54] G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, 1949.

um epigrama que aprendi quando menino, em uma antologia escolar.

Chorava a donzela
sentada em frente ao mar;
chorava comovida
do sol, o declinar.

Calma, mocinha, calma;
sossega o teu penar,
que o sol que aqui declina,
ressurge mais para lá.[55]

Também o direito, como o sol, se põe aqui, e ressurge mais além. E nós, juristas, se pretendemos cumprir com a nossa função social, não devemos nos entristecer pela justiça que se põe. É muito mais útil que se busque fazer com que a legalidade venha a ser, mais que um instrumento de conservação, um instrumento pacífico de renovação social, capaz de guiar o mundo, sem novas catástrofes, até o calor da justiça que ressurge.

[24 de fevereiro de 1952]

[55] Tradução livre dos seguintes versos:
Sedeva in pianti e lai
La signorina al mar;
La commoveva assai
Del sole il tramontar.

Si calmi, signorina;
l'affare così va:
il sol di qua declina,
e torna su di lá.

— V —

A dialética do processo

1. Princípio do contraditório

Depois de haver dedicado três lições ao protagonista do drama processual, que é o juiz, é preciso que nos ocupemos agora dos outros personagens indispensáveis em todo processo, ou seja, as "partes", que, a continuarmos na terminologia teatral, não seria correto chamá-los "antagonistas" do juiz, porque eles, antagonistas entre si, são, para o juiz, ainda que este não os informe, os necessários colaboradores.

As partes, no processo, são necessariamente duas. Mesmo nos processos assim considerados de "parte única", a dialeticidade do processo (que, como daqui a pouco se dirá, é hoje uma das suas exigências essenciais) provocou nos ordenamentos modernos a criação de uma parte oficial e, por assim dizer, "artificial"; como ocorre no processo penal acusatório, em que o Ministério Público é o opositor ao imputado, e como ocorre em certos processos civis de interesse público, como, por exemplo, aqueles de interdição, em que o único interesse a tutelar é o do interditando, mas a lei exige a presença em juízo de um ator legitimado a agir em contraditório com ele.[56]

No processo moderno, aquele que responde aos princípios constitucionais dos ordenamentos democráticos modernos, as duas partes são sempre indispensáveis. O princípio fundamental do processo, a sua força motriz, a sua garantia suprema, é o "princípio do contraditório". *Audiatur et altera pars; nemo potest inauditus damnari.* "A defesa é direito inviolável em todo estado e grau do procedimento" (Constituição, art. 24); "O juiz não pode decidir sobre qualquer

[56] Cfr. CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi*, II, p. 321 e seg.; *Il processo inquisitorio e il processo civile*, in *Studi*, V, p. 53 e seg.

demanda, se a parte contra a qual ela foi proposta não estiver regularmente citada e não se fez comparecer" (art. 101 do CPC).

As partes são pessoas, ou seja, sujeitos de deveres e de direitos, e estão diante do juiz, não como súditos, objetos de supremacia que devem obedecer passivamente, mas como cidadãos livres e ativos, que, frente ao juiz, possuem não só deveres a adimplir, mas também direitos a se respeitar. E o juiz, frente aos outros, não é unicamente uma autoridade investida de poderes, mas um funcionário com deveres e responsabilidades diante das partes, as quais têm direito de manifestar livremente as suas razões e se fazer escutar atentamente. A teoria da relação processual, iluminada por Giuseppe Chiovenda em cada um de seus mecanismos mais sutis, de maneira que resistiu, na minha visão, a todas as críticas, inclusive aquela mais aguda de James Goldschmidt,[57] não é mais que uma tradução, no microcosmo do processo, da teoria do Rechsstaat. Em toda vida pública, no moderno Estado de direito, o cidadão não é um *subditus* abandonado à mercê do príncipe *legibus solutus*, mas é um sujeito autônomo de diretos e deveres, cuja autonomia está garantida pela lei nos confrontos com a mesma autoridade. E, quanto mais o ordenamento constitucional progride rumo à democracia, tanto mais estes recíprocos direitos e deveres do cidadão em relação ao Estado estão definidos e "racionalizados".

2. Dialética do processo

Relação jurídica quer dizer relação entre pessoas; quando dizemos que o processo é uma relação jurídica entre o juiz e as partes, reconhecemos implicitamente que, no processo, dos sujeitos dotados de uma vontade autônoma e juridicamente relevante, não há um só, o juiz, mas são três pessoas: o juiz e as partes. Até mesmo a antiga doutrina o ensinava: processos *est actus trium personarum*.

No processo, portanto, o juiz nunca está sozinho. O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de proposições, de respostas, de réplicas; um cruzamento de ações e de reações, de estímulos e de contraestímulos, de ataques e de contra-ataques. Por isso, ele é comparado a um duelo ou um confronto esportivo,[58] mas é um duelo de persuasões e um confronto de argumentos.

[57] J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlim, 1925, p. 1-145.

[58] CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, I, p. 23 e segs.

Nisso consiste aquela característica, a mais preciosa e típica do processo moderno, que é a dialeticidade, que significa dizer que a vontade do juiz nunca é de soberania absoluta, mas sempre condicionada (também no processo penal) à vontade e ao comportamento das partes, isto é, à iniciativa, ao estímulo, à resistência ou à aquiescência delas. E o mesmo se pode dizer para cada uma das partes, cuja vontade e atividade se plasmam e se ajustam a cada momento do processo aos estímulos que recebem do comportamento do juiz e da contraparte.

3. Processo dialético e processo totalitário

Sem essa dialeticidade triangular não existe processo no sentido moderno da palavra: poder-se-ia dizer, parafraseando um antigo ditado, que *tres personae faciunt processum*. Uma figura de processo em que o juiz estava sozinho, e não se viam homens diante de si, consciências responsáveis e livres para se defender, mas somente vítimas indefesas, sujeitos ao seu ilimitado arbítrio e já antecipada condenação ao sacrifício, viu-se em certos períodos históricos, que até poucos anos atrás, acreditávamos desaparecido para sempre na longínqua fumaça das fogueiras. O processo da Inquisição, em que as funções de investigar, acusar e julgar se concentravam em uma só pessoa, o inquisidor, perante o qual o investigado não era uma pessoa, mas, sobretudo, um objeto inerte, um pobre fardo de carne para ser destroçado e aniquilado pela tortura.

O amigo Alcalá-Zamora, em uma recente reunião acadêmica, relatou brilhantemente o desenvolvimento de um processo séculos atrás na Espanha contra os gafanhotos. Curiosa bizarrice judiciária que esteve em uso na idade intermédia também na Itália, em que é possível lembrar de processos penais endereçados seriamente contra animais acusados de delitos, e solenemente condenados à morte.[59]

Dessa antiga bizarrice constitui uma paródia burlesca o famoso processo contra um cachorro doméstico, encenado no terceiro ato dos Plaideurs de Racine, para dar ao velho presidente maníaco o prazer de julgá-lo. Mas, quando estas questões contra animais se encontram levadas a sério em certas épocas históricas, sob essa bizarrice se pode ler, quase em forma de fábula, uma concessão autoritária do processo que faz do juiz um déspota absoluto, única pessoa ali existente. Homem ou besta significam o mesmo: o juiz não encontra

[59] LESSONA (CARLO), *Giurisprudenza animalesca*, Città di Castello, 1906, p. 39 e segs.

colaboração no imputado, nele não enxerga a dignidade e a responsabilidade de uma consciência humana, da qual se receba uma resposta que poderia ser decisiva para sua sorte. Ele enxerga somente um objeto sem alma, cuja sorte terrena já está escrita na mente do juiz, como a sorte do animal que é pesado antes de ser enviado ao matador. Este era o processo inquisitivo, que se acreditava desaparecido nos séculos da barbárie, e que, ao contrário, nestas últimas décadas de terror, reapareceu entre nós, naquela arrepiante ficção de justiça que, com a terminologia de hoje, pode-se chamar de processo "totalitário", em que as partes são somente elementos figurativos chamados a tornar o rito ainda mais espetacular, mas o juiz é tudo, e a sua vontade é única. A sentença não é o produto final elaborado a partir do encontro de vontades contrapostas, resultado incerto e em formação até que o processo esteja *in itinere*, mas o arbítrio de uma só vontade, que representa o processo como um artifício que dá uma ilusória representação de uma decisão já tomada.

No processo dialético, a sentença é a consequência, incerta até o fim, do andamento do processo. No processo totalitário, o andamento do processo é a consequência da sentença já definida desde o começo.

4. Processo civil e liberalismo

É fácil identificar certo paralelismo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Pode existir, inclusive hoje, um Estado absoluto e autoritário, ao qual corresponde um processo de tipo autoritário, em que o juiz pode tudo, e as partes são tratadas como coisas; e pode haver, em um Estado liberal e democrático, um processo que reproduz, na sua estrutura, como a gota de água reflete o céu, a dialética do liberalismo e da democracia.

O insigne presidente da Corte Suprema, García Roja, em um discurso que muito me honrou, teve a bondade de recordar aquele meu escrito intitulado "relatividade da ação",[60] com o qual busquei demonstrar que, no variável conceito de "ação", se refletem, em correspondência com vários dos regimes constitucionais, as várias atitudes de contraste eterno entre a autoridade e a liberdade. Mas essa relação entre a figura do processo e a estrutura dos mecanismos constitucionais, dentre os quais está enquadrado e estudado,

[60] CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi*, cit. V, p. 1 e segs.

não pode se limitar unicamente ao conceito da ação. Em todo o estudo do processo, a comparação entre o direito processual e o direito constitucional, entre o sistema judicial e o sistema de governo, pode ser instrutiva e reveladora de novos horizontes.

Deve-se àquele grande processualista alemão, James Goldschmidt, que loucura criminosa racista fez morrer no exílio, a reaproximação agudíssima entre a dialética do processo, como nós hoje o consideramos, e a doutrina política do liberalismo. No prefácio de sua obra fundamental *Der Prozess als Rechtslage* (1925), pode-se ler que o direito processual pode florescer somente no terreno do liberalismo; e, precisamente por isso, em um escrito dedicado a homenagear a sua memória, chamei-o de "mestre do liberalismo processual".[61]

Em realidade, a dialética do processo é a dialética da democracia parlamentar. De certo modo (*e cum grano salis*), a pluralidade das partes na contenda judicial se assemelha à pluralidade das partes na luta política. Aquele princípio de iniciativa e de responsabilidade das partes que leva o nome de princípio dispositivo, por força do qual, no processo civil, qualquer parte, com a bondade de suas razões e com a habilidade com a qual sabe fazê-las serem compreendidas, pode ser o artífice da própria vitória (*faber est suae quisque fortunae*), tem muitos pontos de semelhança com aquela dialética política dos governos parlamentares, nos quais cada partido, com a bondade do seu programa (e também, infelizmente, com a habilidade da sua propaganda), pode ser o artífice da própria vitória eleitoral e, portanto, da própria ascensão ao governo. A democracia é um regime em movimento, em contínuo esforço de conquista: um sistema dinâmico, animado por um contínuo estímulo de melhora, e de superar o adversário na bondade dos programas e na eficácia persuasiva deles mesmos.

5. Contraditório processual e oposição parlamentar

O princípio do contraditório se parece como duas gotas de água ao princípio da oposição parlamentar. Um e outro têm suas bases em certas ideias simples que podem parecer até mesmo ingênuas: que os homens são seres racionais, capazes de persuadir com suas boas razões, e de se deixar convencer pelas boas razões dos outros; que a verdade pode ser conhecida integralmente somente se se observa em suas diversas partes, dando voltas para descobrir suas três

[61] CALAMANDREI, *Un maestro di liberalismo processuale*, in *Riv. Dir. Proc*, 1951, p. 1 e segs.

dimensões; e que o contraditor é um colaborador, não um inimigo, porque, com suas objeções, ajuda a descobrir e a corrigir os erros e alimenta aquela disputa pela superação, que é o estímulo e fermento de todo o progresso humano. No sistema parlamentar inglês, como se sabe, a oposição, uma séria e forte oposição, é considerada como um órgão necessário de bom governo: a "oposição à sua majestade" é apreciada de tal modo, que seu chefe recebe uma retribuição não muito inferior àquela do Primeiro Ministro, e senta à mesma altura do governo, defronte ao Ministro, no mesmo nível.

Portanto, no processo é indispensável o contraditório, não para aumentar a litigiosidade das partes ou para dar oportunidade de demonstrar a eloquência dos advogados, mas no interesse da justiça e do juiz, que, mesmo na contraposição dialética das defesas opostas, encontra, sem cansaço, o melhor meio para ver, diante de si, iluminada sob os mais diversos ângulos, a verdade totalmente inteira.

Esta reaproximação do sistema processual fundado no contraditório, ao sistema parlamentar baseado no contraste entre a maioria e a oposição, não tem um valor puramente teórico, um valor, por assim dizer, de pura semelhança estética. Durante os últimos anos de domínio nazista, discutiram-se na Alemanha projetos de reforma do processo civil (os quais, se o regime não houvesse colapsado, haveriam sido traduzidos mecanicamente em leis), com os quais se pretendia abolir o contraditório e transformar o processo de partes (*Parteiprozess*) em um procedimento totalmente oficioso, impulsionado exclusivamente pela iniciativa do juiz, motivo pelo qual alguém falou em "processo sem partes", que, portanto, valeria dizer "processo sem processo". Inclusive, um estudioso de boa vontade[62] descobriu que o conceito de *Parteiprozess* não era mais que um contágio maligno, penetrado no sangue da justiça, dos ódios de parte que afligiram a Itália ao tempo das Comunidades, quando a vida política era uma luta de facções. Mas, assim como, finalmente (ensinava aquele estudioso), o nazismo totalitário conseguido alegremente liberar a vida política dos partidos apaziguando todas as diferenças no seio do *Führer*, então deveriam ser abolidas as partes no processo, e triunfar, também nos tribunais, a religião do *Führerprinzip*, de modo que, nas salas de audiência, ressoasse somente a sacra palavra do juiz oficiante, e, diante dele, os destinatários de sua decisão aguardariam em silêncio, prostrados e em estado de adoração.

[62] CALAMANDREI, *La crisi del processo civile in Germania*, in *Studi*, cit. V, p. 285 e segs.

6. Funções dos advogados no processo dialético

Se, no regime de democracia, o processo deve ser, ao contrário, uma conversação civil entre pessoas colocadas no mesmo nível humano, é fácil entender qual seja, em um ordenamento democrático da justiça, a importância do advogado: ou seja, dos advogados, interlocutores necessários deste diálogo. O êxito do processo e, portanto, a sorte da justiça, depende do amigável e leal desenvolvimento dessa conversação. Das boas relações entre os juízes e os advogados depende, mais que da bondade das leis, o bom funcionamento da justiça.

Já apontei, na primeira conferência, que, para o bom funcionamento do processo, importa, mais que as leis, o costume judiciário. Os criadores desse costume judicial são, precisamente, com a sua moralidade, com a sua correção, com a sua recíproca compreensão, os juízes e os advogados. Juízes e advogados assemelham-se, no processo, a um sistema de vasos comunicantes: cultura e lealdade se mantêm constantemente, para os juízes e para os advogados, no mesmo nível, elevando-se ou diminuindo, para uns e para outros, em medida igual e constante. Bons juízes fazem bons advogados, e vice-versa: os magistrados que desprezam os defensores, desprezam-se a si mesmos; mas os advogados que não respeitam a dignidade do magistrado, ofendem a dignidade da própria toga.

Por vezes, é possível encontrar previsto na lei (art. 88 do CPC) o "dever de lealdade e de probidade" para as partes e para os seus defensores, mas, em que consiste, em concreto, este dever, a lei não o diz e nunca poderia dizê-lo. A lealdade e a probidade devem viver, sobretudo, na consciência dos magistrados e dos patronos. É o costume que conta, aquele respeito às "regras do jogo" que não se pode impor a quem não o sente, mas que é essencial tanto no processo como no Parlamento. Por isso, no ordenamento dos profissionais forenses tem muita importância a jurisdição disciplinar que os colégios profissionais exercem sobre seus próprios componentes, porque a vigilância sobre a lealdade e sobre a probabilidade dos advogados, e sobre a observância das regras não escritas de cortesia profissional, deve vir de dentro, da mesma consciência e do sentido de responsabilidade da Ordem forense, em regime de autogoverno e de autodisciplina.

Essa é a razão pela qual a abolição da advocacia como profissão livre, e a sua transformação em burocracia do Estado representaria não somente o fim da advocacia, mas o fim da justiça. Por duas vezes

essa transformação foi tentada: na Prússia, de Frederico, o Grande; e na Rússia, de Lenin.[63] Nestas duas vezes, faliu o experimento tentado por autoritarismos tão diversos, e, para salvar a justiça, retornou a liberdade da advocacia ou, ao menos, como ocorreu na Rússia, à liberdade dada à parte para escolher um defensor constituído.[64]

Os advogados, no processo, representam a liberdade; eles são o símbolo vivo daquilo que, talvez, seja o princípio vital das democracias modernas: que, para se chegar à justiça, é preciso passar pela liberdade; que a liberdade é o instrumento indispensável para conquistar uma maior justiça. Nos primeiros tempos do terror fascista, quando os pelotões andavam à volta para cumprir as suas expedições punitivas, os objetivos de suas devastações não eram somente os locais de trabalho e as bibliotecas públicas, mas também os escritórios de advocacia. Em Firenze, no final do ano de 1924, em uma só jornada, foram incendiados mais de vinte. Não devemos nos assustar com isso: para os ditadores, o advogado é o símbolo perigoso da razão crítica, da objeção rebelde a cada conformismo. Nos regimes de opressão e de covardia, o último refúgio da liberdade é a toga. Pela toga, quando todos silenciam sob o peso da tirania, de vez em quando brotam vozes de dignidade e de orgulho.

7. A confiança entre advogados e juízes, como fonte reguladora das formas processuais

Pelo costume judiciário, criado pela colaboração dos juízes e dos advogados, é que se governa o rumo do processo. De acordo com o ritmo da sua espontaneidade ou preguiça, eles podem se tornar os seus aceleradores ou os seus retardadores.

É inútil que as leis processuais prescrevam decadências e prescrições, se os magistrados e os patronos não encontram o ponto de contato e de equilíbrio entre o dever que o advogado tem de ser defensor vigoroso e não precipitado das razões do seu cliente, e o dever também importante que ele tem de ser um colaborador leal do juiz, e de não retardar, por razões táticas, o curso da justiça. Se o juiz e o advogado se unem em um cômodo costume de frouxidão, é desnecessário que, no papel, os códigos restrinjam o tempo dos atos e proíbam as dilações processuais, ou imponham a concentração.

[63] CALAMANDREI, *Troppi avvoccati*, Firenze, 1921, p. 25 e segs.

[64] CALAMANDREI, *Gli avvoccati nel mondo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, I, p. 327; *Libri sugli avvoccati*, ib. 1930, I, p. 350.

Desta fatal resistência retardadora, exercida pelo costume judiciário sobre as leis processuais, inclusive sobre aquelas que haviam nascido com a intenção de rigorosa e rápida concentração, a história do processo oferece, em todos os tempos, vários exemplos. Toda vez que, contra a estagnante solenidade do processo ordinário, o assim chamado processo "formal", o legislador acreditou haver corrigido, ao criar, para as causas mais urgentes, um especial procedimento abreviado e concentrado, chamado "sumário", o costume judiciário conseguiu, em poucos anos, tornar preguiçoso a este procedimento nascido para ser célere e simples. Este é um curioso fenômeno (que, embora feio, mas eficaz neologismo, foi chamado de "dessumarização do processo sumário"), que se repete periodicamente na história. O processo sumário, posto em prática, tende a se tornar formal, e a se apropriar de todos os retardos e as complicações do processo ordinário. Parece que advogados e juízes, em lugar de serem gratos ao legislador, que quis proporcionar mais simplicidade e menos problemas de formalidade ao seu trabalho, coloquem-se de acordo para boicotar cada tentativa de reforma que vise a tornar mais rápido o curso do procedimento.

A comprovação disso se vê nas modificações que, mesmo a pedido dos advogados, foram realizadas no texto do Código de Processo Civil de 1940, pela Lei nº 581, de 14 de julho de 1950. Todas as modificações, como aquelas que aboliram ou atenuaram as preclusões (art. 184) ou admitiram a impugnação de decisões antes irrecorríveis (art. 178 do CPC), ou a impugnação independente da sentença parcial (art. 339), resultaram necessariamente (ainda que essa não fosse a intenção de quem as sugeriu) em uma perda de celeridade e em um aumento de complicações.

A lentidão dos processos que, também na Itália, todos lamentam, não é um fenômeno que se possa atribuir somente a causas contingentes, que podem haver ocorrido nessa década de estagnação geral, produto, em todos os ramos da administração pública, da crise bélica. Isso tem causas mais profundas e mais radicais no costume forense. A excessiva complicação do procedimento, que torna indispensável a meticulosa observância da formalidade condenada pelo bom-senso, poderia facilmente ser reduzida, em justos limites, se, entre magistrados e advogados, existisse um maior sentimento de confiança recíproca. É justamente a confiança que retarda e complica o processo.

Se fizermos uma comparação como se desenvolve a administração da justiça com o desenvolvimento da administração da justiça nos países continentais, como França e Itália, é difícil se dar conta de

uma diferença que, à primeira vista, parece absolutamente inacreditável: aquele trabalho judiciário, que exige mais de seis mil magistrados na Itália, é igualmente realizado na Inglaterra, e com muito maior rapidez, com não mais de uma centena de juízes.

A verdadeira razão, que está na base desta rapidez e simplicidade da justiça inglesa, que, para nós, pode parecer milagrosa, é o sentido de lealdade que, na Inglaterra, une, entre eles, advogados e juízes, e que, quase sempre, torna supérflua a formalidade do procedimento. Grande parte das garantias formais que, em nosso processo, buscam assegurar o respeito ao contraditório e fechar o caminho para os estratagemas e armadilhas dos litigantes de má-fé, são fruto necessário da desconfiança que existe entre as partes, e também entre elas e o juiz. É preciso regular com minuciosas prescrições todas aquelas precauções, porque se teme que, se a lei não o prescrevesse, as partes procurariam se prejudicar reciprocamente, e cada uma delas atuaria astutamente para impedir o adversário de se defender. E também porque se teme que, se o desenvolvimento do contraditório não fosse regulado pela lei, um juiz grosseiro e intolerante se aproveitaria dessa elasticidade dos poderes para truncar o debate na primeira audiência, e se liberar, assim, das fastidiosas insistências dos defensores.

Ocorre para os ritos processuais aquilo que se diz acontecer para os ritos religiosos: que, nem sempre, as complicações formalísticas da liturgia são sinônimas da sinceridade da fé. Todas as prescrições, com que as leis processuais pretendem garantir a lealdade do contraditório, possuem um valor sintomático que não de bom augúrio. Quando a lei sente a necessidade de impor a lealdade, quer dizer que a lealdade está vacilante nas consciências.

A confiança recíproca é, em todos os campos das relações humanas, uma força simplificadora. Confiança quer dizer solidariedade, sociabilidade, compreensão. Também nos processos, a astúcia, tão prestigiada pelos causídicos de menor envergadura, é a responsável primeira pelas complicações e pelos retardos no andar do processo. Desta astúcia surgem as *cautelae ad protrahendas causas ad longum*, e, do medo da astúcia alheia, surgem as contracautelas para impedir que o processo se alongue por adversário de má-fé. Mas essa disputa de garantias formais não serve para nada, quando falta a garantia do espírito.

8. A falência da oralidade no processo civil italiano

Talvez o exemplo mais típico de como a desconfiança possa mudar a face dos institutos processuais se encontre no art. 180 do

nosso Código de Processo Civil, em que, quando o código entrou em vigor em 1942, se lia que "o trato da causa diante do juiz instrutor é sempre oral". Depois, o "sempre", com a reforma de 1950, foi suprimido. O artigo continua a proclamar que o trato "é oral", mas a abolição do "sempre" demonstra que pode não chegar a sê-lo. Em realidade, inclusive diante do juiz instrutor, a oralidade caiu em desgraça. Aquela fase instrutória, que deveria ser, na ideia do legislador, um diálogo confidencial entre defensores e juízes convidados para a mesma mesa, transformou-se, como no velho rito, numa série interminável de dilações, concedidas voluntariamente pelo juiz, para permitir aos advogados trocarem reciprocamente, de vista em vista, as suas petições. O juiz instrutor está reduzido, frequentemente, a um mecanismo registrador de abertura de vistas, já que não aprecia a conversação direta com os advogados, o que poderia servir para simplificar a causa e deixar claros os pontos essenciais. E os advogados, por sua parte, preferem apresentar as suas razões em papel timbrado no estilo sacrossanto, em lugar de expor ao juiz de modo simples, de forma persuasiva e modesta.

Essa falência da oralidade e cristalização burocrática do juiz instrutor decorrem, certamente, por um lado, do excessivo trabalho que atinge os juízes. Quando um juiz instrutor, como ocorreu nestes últimos anos nos tribunais das sedes judiciárias mais populosas, tem que finalizar, ao mesmo tempo, a instrução de uma centena de processos ou talvez mais, compreende-se como ele não tem tempo para dar a todos eles a devida atenção, e como não possa fazer, em cada expediente, o diligente estudo preparatório que lhe permitiria falar com os advogados com pleno conhecimento. A oralidade necessita de preparação imediata; a escritura permite transferir esse estudo para um melhor momento. Esta é uma boa razão para que advogados e juízes prefiram a escritura.

Mas a verdadeira razão dessa preferência é a falta de confiança. Os advogados não gostam de demonstrar, diante dos juízes, as suas baterias defensivas, como deveriam fazer em uma conversação direta. Não desejam (ou não sabem) responder com rapidez, na presença do juiz, às objeções do adversário. Para sustentar um contraditório oral sob a forma de diálogo, em que, no discurso, possam ser expostas as questões mais impensadas, ocorre uma preparação que nem todos os advogados possuem, e, ademais, suspeitam que cada manobra do adversário esconda uma armadilha. Por isso, preferem levar tempo, repensar, consultar a jurisprudência e responder por escrito depois de duas semanas de meditação. O pior inimigo da oralidade é o medo de "se comprometer". Pode ocorrer que também o juiz veja,

na conversação imediata com os defensores, o perigo de revelar prematuramente o que pensa sobre a causa, mas que deve permanecer em segredo; e tenha medo que os advogados, especialmente aqueles mais hábeis e mais respeitados, consigam, com a sua eloquência insinuante, levá-lo para um falso caminho. Também o juiz desconfia e prefira, em lugar de escutar as suas razões, ler as suas petições e meditar sozinho.

Assim, a oralidade é destruída pela desconfiança. São eles, juiz e defensores, com três cadeiras ao redor da mesma mesa, com o escrivão pronto para registrar em ata as suas manifestações verbais. Poderiam prontamente aproveitar aquele encontro para ingressar a fundo na causa, mas preferem se deter um só instante, sobretudo, para se colocarem de acordo sobre a data da próxima audiência, na qual, aquilo que poderiam haver dito a viva voz naquele momento, será comunicado mediante a troca de manifestações escritas. Por sua vez, a nova audiência servirá somente para obter uma nova abertura de vista para preparar a sua resposta. Com isso, o processo se dilui em exercícios de escritura: juiz e defensores se comportam como namorados tímidos que, quando se encontram, não sabem o que dizer um ao outro, mas, assim que se separam, escrevem longas cartas de amor, e conversam por algumas semanas, no aguardo de trocá-las em silêncio no próximo encontro.

9. Recíproca compreensão entre advogados e juízes

Para restabelecer, entre advogados e juízes, aquela confiança que é condição essencial para o êxito do processo, pode ter eficácia determinante o modo de escolha dos magistrados. Se se pudesse nomear como juiz aquele que houvesse exercido, por certo número de anos, a profissão de advogado, poder-se-ia esperar que, daquela experiência profissional, os juízes trouxessem o argumento para compreender certas exigências da defesa, e para se dar conta das razões que justificam certas faltas de moderação e insistências dos defensores; e vice-versa, se os advogados houvessem experimentado, por algum tempo, antes de exercer o patrocínio forense, a fadiga e as dificuldades do julgador, a função do magistrado se engrandeceria na sua estima. Por isso, eu considero ótimo o sistema de escolha dos juízes que é adotado na Inglaterra, onde, nos cargos judiciários mais importantes, são nomeados os advogados mais respeitáveis e mais estimados, de modo que magistratura é considerada como a continuação e o natural porto de chegada da advocacia. Advogados e juízes

se sentem unidos por um mesmo companheirismo. O *barrister* confia nos juízes, porque ontem foram advogados como ele; o magistrado confia no *barrister*, porque sabe que amanhã também ele sairá do local da defesa para o assento do juiz.

Substancialmente, o problema fundamental do processo, que são as relações entre advogados e juízes, é um problema de compreensão. É necessário que o juiz compreenda e estime o quanto seu trabalho é facilitado, e o seu desgaste é reduzido pela presença dos advogados, que assumem, sobre si, o duro trabalho de traduzir para o juiz, em linguagem jurídica compreensível, a dura realidade. Mas é preciso também que os advogados compreendam o quanto o trabalho do juiz é mais pesado e mais exigente que o do defensor, porque, enquanto o defensor, como o soldado na trincheira, sabe antecipadamente de que lado está o inimigo, e de que lado ele deve atirar, o juiz deve escolher, e é exclusivamente sua a terrível responsabilidade daquela escolha.

Talvez, para facilitar as boas relações entre advogados e juízes, é preciso que exista, entre eles, não somente compreensão, mas também, atrever-me-ei em dizê-lo, uma recíproca caridade: compreensão e caridade para as inevitáveis deficiências e cansaços dos quais todos os homens, os juízes e os advogados sofrem na sua fatigante jornada.

Nem diria que, dentre as provas de caridade e de compreensão, haveria o juiz que, antes de assistir ao debate, em que o advogado discutirá oralmente a causa, já decidira antecipadamente sua sentença, de modo que, enquanto aquele quase perde a voz em audiência, o juiz prefere não lhe dar atenção, pensar nos seus próprios assuntos e relaxar em tal meditação. Igualmente o advogado é um homem, não um mecanismo, frequentemente, um homem velho e doente. Falar em audiência é, para ele, um grande esforço e um grande empenho para ele mesmo, em que se desgasta e se consuma sem poupar suas energias. Se o juiz não pretende ser impiedoso, ao menos esse motivo de caridade humana deveria lhe impor a obrigação de escutá-lo com atenção.

Mas, por sua parte, o advogado peca pela crueldade quando fica obstinado em atormentar o juiz com sua oratória desenfreada e inscrita, esgotado por uma jornada de audiências e incapaz, portanto, de escutar com atenção; ou quando, em lugar de resumir a sua defesa em poucas páginas sintéticas e claras, dilui-a em volumosos memoriais, que esmagam o juiz como pedras sepulcrais.

Em suma, também nas relações entre advogados e juízes, volta-se sempre àquilo que é o segredo de cada ressurgimento democrático: devem ser relações entre homens livres, guardiões cada um da própria independência e da própria dignidade, mas, juntos, conscientes da solidariedade social que os une entre eles para um objetivo comum. No processo, juízes e advogados são como espelhos, cada um, olhando de frente ao seu interlocutor, reconhece e saúda, refletida nele mesmo, a sua própria dignidade.

[27 de fevereiro de 1952]

— VI —

O respeito à personalidade no processo

1. Liberdade jurídica e meios para torná-la efetiva

Já vimos como o contraditório judicial se realiza através do contraste dialético entre as pessoas, ou seja, entre três vontades conscientes e responsáveis (o juiz e, diante dele, as duas partes da causa), materializando a dinâmica do processo, isto é, o caminho para chegar à justiça segundo um itinerário que, em princípio, nem mesmo o juiz sabe bem qual será. A via mais apropriada para chegar à meta não é retilínea e preestabelecida, mas se revela etapa por etapa com um traçado que pode ser muito quebrado e tortuoso, como é o jogo recíproco dos três sujeitos, de audiência em audiência, de comparecimento em comparecimento: "*de pensamento em pensamento, de montanha em montanha*", como diria nosso Petrarca.

Mas, para que funcione plenamente, entre juiz e advogados, aquela colaboração dialética sobre a qual já insisti faz tempo, não basta que, diante do juiz, estejam duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões de ambas. Ocorre, ademais, que estas duas partes se encontrem, entre elas, em condições de igualdade não meramente jurídica (que pode significar meramente teórica), mas que exista, entre elas, uma efetiva paridade *prática*, que quer dizer paridade técnica e também paridade econômica.

Diante da administração da justiça também há o perigo que recaia sobre o pobre aquela maldição que pesa sobre ele, cada vez que os ordenamentos democráticos se limitam a assegurar, tanto a ele como a todos os outros cidadãos, a liberdade política e civil, as quais, muitas vezes, quando lhe faltam os meios econômicos indispensáveis para se valer, em termos práticos, daquela liberdade, transformam-se,

para o pobre, em uma zombaria. "*A lei é igual para todos*" é uma frase que "*encoraja*" o pobre, quando a vê escrita sobre a cabeça dos juízes, sobre a parede de fundo das salas de audiência. Mas, quando é avisado que, para invocar a igualdade da lei para sua defesa, é indispensável o apoio daquela riqueza que ele não possui, então aquela frase parece uma zombaria à sua miséria, como se lesse escrito, sobre um muro, que, em razão da liberdade de imprensa (art. 21 da Const.), todos os cidadãos são igualmente livres para publicar um grande jornal de informações, ou, em razão da liberdade de instrução (art. 34 da Const.), todos os cidadãos são igualmente livres para enviar os próprios filhos aos estudos universitários.

Aqui aflora aquela fundamental exigência da democracia que, durante a Resistência, encontrou expressão, nas bandeiras das brigadas partidárias, no binômio "*Justiça e Liberdade*". Para que a liberdade do cidadão não se reduza, como ocorre frequentemente, em uma vã palavra, é preciso que a todos os cidadãos seja assegurado, ao menos em parte, aquele mínimo de justiça social, aquele mínimo dos meios econômicos, que lhes permita se servirem, na prática, dos benefícios da liberdade política.

Tal exigência foi alcançada, ao menos em palavra, na Constituição da República italiana, na qual está escrito não somente que cada trabalhador tem direito a uma retribuição "*em todo caso, suficiente para assegurar a ele e à sua família uma existência livre e digna*" (art. 36); mas está escrito, além disso, que é "*função da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitem, de fato, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o livre desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país*" (art. 3).

2. Igualdade jurídica e igualdade econômica das partes no processo

Este binômio "*Justiça e Liberdade*" vale como uma premissa indispensável também para o funcionamento do contraditório judicial. Indubitavelmente no processo civil, as partes são teoricamente iguais, e, no processo penal, não só as razões da defesa estão no mesmo nível daquelas da acusação pública, mas, por outro lado, se se quer acreditar no que a lei previu, o imputado está sempre em um plano mais alto, porque vigora em seu favor, enquanto a condenação não for definitiva, a presunção de inocência (art. 27 da Const.).

A igualdade de todos os cidadãos perante a lei, consagrada hoje na Constituição (art. 3), encontra o seu complemento judicial em outro artigo da mesma Constituição (art.24), o qual afirma que "*todos podem atuar em juízo para a tutela dos seus direitos e interesses efetivos*", e que "*a defesa é direito inviolável em todo estado e grau do procedimento*". Assim, com esta norma, o direito de ação, ou seja, o direito de provocar os órgãos judiciários para obter justiça (o direito de agir "*em sentido abstrato*") e o direito inviolável de se defender entra declaradamente no campo constitucional, entre os direitos fundamentais reconhecidos a "*todos*", ou seja, não somente aos cidadãos, mas também, sob certas condições, aos estrangeiros. É típica das mais modernas constituições democráticas esta "*constitucionalização*", poder-se-ia dizer, das garantias de igualdade processual.[65]

Todavia, tudo isso está escrito no papel. Essa igualdade de todos os cidadãos diante da justiça, este direito de se defender em juízo em condições diante da outra parte, este direito de provocar a justiça, garantido sem distinção entre rico e pobre, em quais possibilidades práticas se traduz? No famoso livreto de Jhering, *Kampf um's Recht*, a luta pelo direito na contenda judicial é considerada não somente no aspecto antissocial da litigiosidade, mas sob aquele nobre e orgulhoso da defesa da dignidade individual e da paz social, que não se conquista com uma vil concordância com o que está errado, senão com reagir imediatamente, na via legal, contra cada injustiça. Mas também aqui ressurge a pergunta: todos os cidadãos têm os meios econômicos para fazer valer, na prática, este sentimento de orgulho cívico? Ou esta: "*luta pelo direito*" se reduz, muitas vezes, em um luxo, que o pobre não pode conceder-se? É conhecida a velha estória do pobre moleiro de Sans-Souci, aquele que, às ameaças do soberano, responde com sua célebre frase: "*Il y a des juges à Berlin*", frase que homenageia os juízes de Berlin, porque demonstra que eles, no confronto entre o humilde e o poderoso, não eram indignos da confiança do humilde. Entretanto, esta também é só uma frase, pois a estória nunca explicou o que ocorreria ao pobre moleiro se não tivesse os meios indispensáveis para viajar até Berlim, para fazer valer os seus direitos contra seu régio adversário, e para pagar um advogado que ele pudesse ter à frente naquele processo.

Vemos aqui, portanto, por que no processo podem aparecer, como prevê o art. 3 da Constituição, aqueles "obstáculos de ordem econômica e social ... limitando de fato a liberdade e igualdade dos

[65] Este tema foi tratado magistralmente por E. COUTURE, *Las garantías constitucionales del proceso civil* (Buenos Aires, 1946).

cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana ...". Também no processo, então, pode se ver, entre as partes, uma paridade teórica que não corresponde à paridade de fato. As duas são "pessoas" no mesmo sentido, mas os meios de que dispõem para fazer valer esta igualdade são desiguais. E desigualdade de meios pode significar, também no processo, desigualdade de personalidade.

3. Direito de defesa como direito a ter um defensor

É necessário, portanto, chamar a atenção para que o direito de se defender, "*inviolável em cada estado e grau do procedimento*", significa, na prática, direito *de ter um defensor*. A tutela da personalidade humana no processo não quer dizer, unicamente, retirar das pessoas toda violência ou intimidação que negue ou diminua a sua liberdade de se defender como lhe seja possível, mas, além disso, de dar os meios positivos para ajudá-las a saberem se defender, e para ensiná-las a utilizar, em seu próprio proveito, daqueles meios que o direito processual estabeleceu para este fim.

Não obstante sua igualdade jurídica, as partes se encontram frequentemente no processo em condições de disparidade de cultura e inteligência. Se tivesse que defender sozinha, a parte menos inteligente e menos culta se encontraria à mercê da parte mais instruída e mais esperta. No processo penal, o inocente incapaz de expor com clareza as razões da sua inocência se encontraria, muito mais que o culpado astuto, à mercê do acusador.

Nos ordenamentos modernos, o processo é um complicado mecanismo técnico que chega a ser um instrumento de justiça somente para quem conhece os segredos daquele tecnicismo. Tudo isso leva a concluir que, para, na prática, assegurar no processo a liberdade e a igualdade das partes, é preciso colocar ao lado de cada uma delas, em todos os momentos do processo, um advogado que, com a sua inteligência e com o seu conhecimento técnico dos mecanismos processuais, reestabeleça o equilíbrio do contraditório. Na complicação do processo, as partes, não conhecedoras da matéria jurídica, são, em certo sentido, equiparáveis aos *incapazes*. Por isso, a relação que há entre o cliente e o advogado se assemelha àquela que existe entre o pupilo e o tutor: o advogado não é somente um mandatário do seu cliente, mas é, em certo sentido, um complemento da sua capacidade, um *integrador da sua personalidade*.

O advogado é, assim, no processo, a expressão mais importante do respeito à pessoa: onde não existe advogado, a personalidade da

pessoa está diminuída, correndo o risco de, a cada momento, ser envolvida, no processo civil, pela má-fé adversária e pelas armadilhas do procedimento; e, no processo penal, pela esmagadora superioridade do acusador público.

4. O problema da defesa do pobre

O *direito de ter um advogado*, sem o qual o direito de defesa se torna uma frase sem sentido prático, é desconhecido na primeira fase do processo penal, de todas as legislações em que está prescrito que a fase instrutória se desenvolva em segredo, sem assistência de defensor.[66] Esta é a fase em que pode ocorrer que o imputado, sozinho e indefeso diante do inquisidor, não consiga encontrar na própria inocência a força suficiente para resistir à coerção do interrogatório extenuante, e aceite, ao final, para fugir daquele tormento, assinar uma confissão extorquida de um delito que ele não cometeu. Também a legislação italiana conserva, por certo, esta triste herança de um sistema tirânico, inconciliável com o respeito à pessoa humana. Mas, como atualmente a Constituição garante a inviolabilidade da defesa "*em todo estado e grau do procedimento*" (art. 24), não poderá retardar uma reforma que, em conformidade com esta garantia constitucional, admita o defensor desde o início da instrução.

Todavia, mesmo quando a presença do defensor seja obrigatória desde o início do processo penal, permanecerá aberto, no processo penal e no processo civil, o problema da *defesa do pobre*, que a crítica dos marxistas, quando falam de justiça feita pelos ricos, levantam o dedo em riste. As despesas necessárias para fazer valer em juízo as próprias razões são tais que, muitas vezes, o despossuído, não tendo meios para fazer frente, deve resignar-se, com o coração envenenado pela amargura, a suportar injustiça de quem tem mais dinheiro que ele. Assim, o direito de ação corre o risco de continuar sendo, como a liberdade de imprensa ou a liberdade de cultura, um luxo dos ricos.

O problema da defesa do pobre, que é, então, o problema da *paridade efetiva das partes* no processo, está ainda à espera de uma solu-

[66] N.T.: a fase instrutória, a que Piero Calamandrei se refere, equivale à fase de investigação, anterior, portanto, ao ajuizamento da ação penal condenatória. À época, a totalidade dos países europeus ligados ao direito continental adotava o instituto do juizado de instrução, que é a investigação criminal presidida e realizada por um juiz. Por ser presidida por uma autoridade com poder jurisdicional, a fase de instrução apresentava natureza processual, ou seja, era considerado processo já iniciado. Com isso, o processo penal possuía duas fases: a fase de instrução (para nós, fase de investigação) e a fase de julgamento (para nós, fase do processo propriamente dito).

ção prática satisfatória, que talvez não possa ser alcançada no restrito terreno técnico das instituições judiciárias, porque ela depende dos problemas mais vastos de ordem econômica e social.

A nossa Constituição proclama (art. 24, parágrafo terceiro) que "são assegurados, às pessoas de poucos recursos, através de instituições apropriadas, os meios para agir e se defender perante cada jurisdição"; mas também esta (ao igual que a "reparação dos erros judiciários", estabelecida no mesmo artigo) é, sobretudo, uma promessa em lugar de ser uma realidade.

Na Itália, o processo civil é extraordinariamente dispendioso. O papel timbrado, sob o qual devem ser redigidos todos os escritos processuais, as custas judiciais que estão à espera em que etapa, o tradicional fiscalismo,[67] que exige o registro dos documentos probatórios para produzir em juízo, e que constrange as partes, para tentar fugir destes gastos, a sobrecarregar a fase instrutória com provas orais em lugar dos documentos, tudo isso complica e agrava os gastos elevados também nos processos mais simples. E há, posteriormente, os gastos com o advogado, que, sendo um profissional liberal, que vive do seu trabalho, tem direito de ser adequadamente retribuído.

Na Itália, a defesa dos pobres, por assim dizer, o "*patrocínio gratuito*",[68] está organizada como "*atividade honorífica e obrigatória da classe dos advogados e procuradores*". Tanto no civil quanto no penal, a parte que não tenha os meios para se fazer assistir por um advogado de sua escolha (conhecido como "*defensor de confiança*"), tem direito de receber, por determinados órgãos e sob certas condições, um "*defensor de ofício*", que tem o dever de prestar gratuitamente seus serviços, com a única esperança de receber ao final, da parte adversária, se esta vier a perder a causa.

É um sistema que tem as suas vantagens e os seus defeitos. Ele se apoia, fundamentalmente, sobre o espírito de sacrifício e de solidariedade em relação ao fraco, que se constitui em generosa tradição da Ordem forense. Muitas vezes, basta este espírito para assegurar ao pobre um defensor zeloso, mas é, todavia, inevitável que, nas designações dos defensores de ofício, a escolha recaia, mais que sobre os advogados de grande fama e ocupados com sua rica clientela, sobre jovens principiantes que, para não ficarem ociosos, estão dispostos, na falta de clientes que paguem, a se exercitarem nas causas dos pobres. Pode, assim, ocorrer que o pobre tenha a sorte de encontrar

[67] CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in Studi, III, p. 75 e segs.

[68] Real Decreto-Lei nº 3282, de 30 de dezembro de 1923.

um neófito, impregnado com aquele fogo sagrado, que dê tudo de si na sua defesa, mas também pode acontecer o desastre de um defensor distraído e negligente, que deixe transcorrer os prazos e considere a causa do pobre como um *experimentum in corpore vili*.

Não se deve acreditar, por isso, que ao pobre esteja sempre fechada a possibilidade de ter um advogado de valor. É mais frequente do que se imagina, o caso de advogados célebres que, quando se deparam com uma causa justa, são mais propensos a dela se enamorar, mesmo se a causa é de um pobre, e deixar de lado a causa dos ricos para defender aquela gratuitamente. Não obstante os advogados sejam perseguidos por sua fama de rapineiros, não podem esquecer que, em sua tradição, encontra-se o sagrado privilégio de serem os defensores desinteressados do órfão e da viúva.

Dizia-se antigamente que *ianua advocati pulsanda pede*, ou seja, que na porta do advogado é preciso bater com o pé, porque as mãos de quem bate devem estar carregadas de presentes. Renzo sabia disso e foi bater na porta do doutor Azzeccagarbigli, levando nas mãos o famoso par de capões. No entanto, mesmo nessa época, existiam advogados de outra índole, e se pode admirar em San Gimignano um afresco que representa o doutor Ivone, Bispo de Chartres, enquanto exercita o seu ministério de advogado. Por um lado, podem-se ver na espera da antecâmara os clientes ricos, com as mãos cheias de maravilhosos presentes, que, em vão, esperavam para ser recebidos; de outra parte, o escritório do advogado, que, sentado na sua cadeira, escuta e aconselha amavelmente os pobres, aos quais concedeu preferência. Também, à época, havia advogados que consideravam, como sua missão, defender, sem pensar em ganho financeiro, as justas causas dos pobres. Sem embargo, também é preciso reconhecer, por respeito à história, que estes casos, mesmo naqueles tempos, não deviam ser muito frequentes, se levarmos em consideração que o caso do Bispo Ivone foi considerado pelo povo como um milagre: *advocatus sed non latro, res Miranda populo*. De fato, depois de morto, ele foi considerado santo: Santo Ivone, o protetor dos advogados.

5. O patrocínio gratuito e a confiança entre cliente e o advogado

Não se pode dizer, todavia, que o sistema de patrocínio gratuito adotado na Itália, que dá ao povo um defensor, mas lhe nega a possibilidade de escolhê-lo ao seu gosto, e enfraquecido, então, na relação entre advogado e cliente, o vínculo mais importante que é

aquele da confiança, seja o mais satisfatório. Recordo aquilo que me dizia, uma década atrás, um magistrado de excepcional valor, que, muito jovem, alcançou o cargo de conselheiro da Corte de Apelação, Pasquale Saraceno,[69] que morreu trucidado na entrada de seu gabinete nos dias em que a guerra passou pelas ruas de Firenze. Ele, naqueles anos de universal angústia, vinha frequentemente me visitar e passava comigo longas horas discutindo seus argumentos de direito. Enquanto parecia que todo o direito iria se fundir e despencar sobre nossas cabeças, tratávamos de nos consolarmos reciprocamente, discutindo, em abstrato, os problemas constitucionais e, especialmente, sobre o modo de melhorar a organização da administração da justiça em um ordenamento democrático e civil. Uma espécie *de consolatione juris* para fazer companhia com *de consolatione philosohiae*.

Ele considerava a função do magistrado como uma missão religiosa, e me confidenciava, quase me pedindo desculpas pela sua sinceridade, que os advogados eram sempre parecidos como perturbadores e profanadores desta missão. O juiz (dizia-me Saraceno) não se encontra diante de duas partes iguais, de modo que ele possa serenamente pesar, na sua balança, somente as razões de uma e outra. O juiz se encontra diante de dois advogados, que raramente são de forças iguais: diversos por eloquência, por astúcia, por doutrina, por experiência. A diferença é tanto mais sensível quando a causa se dá entre um rico e um pobre; então, o rico contrata os melhores advogados, e a defesa do pobre, mesmo se ele encontra quem queira defendê-lo, é confiada aos profissionais mais decadentes, absolutamente incapazes de fazer frente ao aguerrido escritório da defesa adversária. Tudo isso incomoda a justiça e dá ao juiz uma sensação de desconforto que o desorienta. Nem sempre o juiz consegue deixar de se sugestionar pelo advogado mais ilustre, nem pode, se a defesa do pobre é deficiente, suprir de ofício as omissões do advogado inexperiente.

E concluía dizendo que, se não se pode impedir aos ricos de contratar os melhores advogados, melhor seria, para restabelecer a paridade das partes, chegar a abolir a advocacia.

6. Razões sociais da crise da advocacia

Abolir os advogados? Eu já mencionei as razões pelas quais isso não poderia se fazer sem tornar, na prática, insuportável, aos juízes

[69] Autor de prestigiados trabalhos de direito processual. O mais importante: *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940.

juristas, o exercício da sua atividade. Abolida a advocacia, seriam os próprios juízes que, depois de alguns meses, pediriam, em voz alta, o seu restabelecimento.

Todavia, para diminuir essa injusta desigualdade de valores defensivos que o meu amigo deplorava nos processos entre o pobre e o rico, é preciso estudar um sistema de defesa gratuita que permita ao litigante pobre escolher, *sem custo*, um advogado *de confiança* entre os melhores advogados, assim como pode o rico fazer às suas expensas.

Direito inviolável de defesa deve significar, portanto, também para o pobre, não somente direito de ter um advogado, seja ele quem for, mas de ter um *de sua escolha*. Para que essa escolha seja possível para o abastado que tem os meios para contratar o advogado de sua confiança, o mesmo deve ser permitido ao pobre, se se quer que exista, no processo, efetiva paridade entre as partes.

Nas legislações democráticas já se faz presente o princípio que, para atenuar a condição de inferioridade econômica em que, na sociedade capitalista, os trabalhadores se encontram diante dos empregadores, o Estado deve intervir para que, nos conflitos de trabalho, seja restabelecido o equilíbrio de forças entre os contendentes. Esta é uma ideia que está na base do reconhecimento constitucional do direito de greve (Const., art. 40),[70] e também no procedimento especial estabelecido para as controvérsias do trabalho e na criação dos órgãos especializados para decidir, respondendo à mesma intenção, que é aquele de suprir o estado de inferioridade em que se encontra o pobre quando entre em luta com o rico. O mesmo objetivo é buscado pelas associações sindicais de trabalhadores, quando colocam à disposição gratuita dos próprios associados os seus serviços legais, constituídos por advogados particularmente especializados nessa matéria.

Mas a controvérsia do trabalho não exaure toda a matéria contenciosa, na qual pode ser necessário restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes contenciosas. O problema da defesa do pobre é mais amplo. Vários sistemas são propostos para resolvê-lo,[71] e alguém pensou precisamente em confiar a defesa dos pobres às Faculdades de Direito, de modo que os clientes possam se beneficiar do conselho dos eminentes juristas que ensinam na Faculdade, e os estudantes possam se exercitar naqueles casos práticos, como se fos-

[70] Cfr. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1952.

[71] Cfr. COUTURE, *Las garantías constitucionales*, cit., p. 44.

se uma clínica, sob a supervisão dos próprios professores. Mas, também aqui, tudo dependerá da boa disposição daqueles professores e da vontade que eles tiverem de se deixar distrair dos seus estudos científicos para dedicarem o seu tempo a esta clínica de casos práticos. Em conclusão, também com este sistema, a sorte do litigante pobre dependerá da sorte, não da escolha que ele tenha feito de um defensor de sua confiança.

Penso que, enquanto a advocacia permanecer regulada como uma profissão liberal fundada na relação de confiança entre cliente e advogado, o sistema ideal para prover a defesa dos pobres, em condição de absoluta igualdade, seria aquele que garantisse ao pobre a possibilidade de escolher o advogado que quiser, com a única diferença que a retribuição ao profissional de sua confiança, em lugar de ser paga pelo cliente, fosse arcada pelo Estado, ou, melhor ainda, pela Ordem forense, mediante a criação de fundos especiais, financiados com aportes tributários ou mutualísticos. Mas este sistema poderia dar resultados somente onde a advocacia não estivesse atingida, como ocorre hoje em muitos países europeus, de um inquietante excesso numérico de profissionais desocupados, por uma espécie de "*proletário forense*" na busca de causas, para o qual o sistema provocaria uma instigação à obtenção dos clientes pobres e uma especulação fomentadora dos litígios.

Também sob este aspecto, o problema do patrocínio do pobre se alarga no horizonte mais amplo. Ele é um dos aspectos da crise da advocacia, que, por sua vez, é um sintoma revelador de um desequilíbrio social mais geral e profundo.

Precisamente aqui, diante de vós, oh ilustres amigos mexicanos, recordo-me de um pequeno tratado em forma de diálogo, intitulado *L'avvocato*, escrito em Veneza, por volta de 1560, por Francesco Sansovino, filho do grande Iacopo, arquiteto das Procuradorias.[72] O pai queria que ele fosse advogado; mas ele, depois de uma breve experiência forense, abandonou tal possibilidade e se dedicou a editar os livros escritos por ele mesmo sobre os mais variados temas, entre os quais, este curioso estudo da advocacia veneziana, em que se lamenta de que, à época, Veneza estivesse invadida por uma multidão de causídicos sem causa, e explica que o verdadeiro responsável por aquela decadência forense se poderia encontrar em ninguém menos que ... Cristóvão Colombo, descobridor da América! Isso mesmo: no diálogo, assim fala o interlocutor, que tem o nome de Lorenzo:

[72] Reeditado em 1942, FRANCESCO SANSOVINO, *L'Avvocato e il segretario*, aos cuidados de PIERO CALAMANDREI, Le Monnier, Firenze, 1942.

> Os nossos velhos, que tinham fama e muito valor, encontraram outro tempo muito diferente do nosso. Os homens, em sua maior parte, atendiam às coisas do mar, que era um gradíssimo prestígio; e os cidadãos, desde a primeira infância, eram enviados a Levante, onde ficavam ricos, vivendo a sua velhice em santíssima paz. Por essa razão, como os jovens obtinham êxito fora, os advogados eram em pouco número, e aqueles poucos tinham muito trabalho, porque os litígios entre os vários comerciantes eram muitos; portanto, os advogados de grande reputação ganhavam muito, e os pagamentos, nas grandes tarefas, eram enormes.
>
> Mas hoje está tudo, em grande parte, ao contrário, porque, depois que Cristóvão Colombo, e depois os Portugueses, encontraram as novas rotas de navegação, pelas quais o comércio diminuiu em Veneza, a juventude, não tendo o que levar para vender em outras localidades, colocou-se junto ao Palácio e, acreditando que os assuntos seguiam na mesma situação que nos tempos passados, aumentaram de tal maneira o número de advogados, que lhes coube pouca participação, a cada um deles, já que os pais dos novos advogados não se deram conta da falta de comércio.

Assim entendia, ao seu tempo, Francesco Sansovino: a descoberta da América, rompendo o equilíbrio econômico do velho mundo, havia dado uma estocada fatal também no decoro da advocacia veneziana. Atrevo-me a pensar que também na atualidade a crise da advocacia europeia tem profundas causas econômicas de porte mundial.

7. Defesa da pessoa humana no processo civil

Mas, independentemente desta não remediada desigualdade entre a parte pobre e a parte rica, é certo que hoje o sistema do moderno processo civil de tipo dispositivo está inspirado, em cada um de seus mais mínimos mecanismos, no respeito e na proteção da pessoa humana.

A força motriz do processo de tipo dispositivo é a responsabilidade: também na busca da verdade, salvo o caso excepcional da *inspectio corporis*, a parte não é mais objeto de investigação probatória, mas sempre colaboradora do juiz na colocação dos limites e em fornecer os meios para essa investigação. A parte não tem a obrigação de comparecer, não tem obrigação de responder ao interrogatório, nem de dizer a verdade. Nenhum vínculo obrigatório força ou limita sua vontade. A parte é livre para se comportar em juízo como melhor lhe parecer, mas deve saber que, se não comparecer ou não disser a verdade, corre o risco de produzir, dessa forma, com suas próprias mãos, a própria derrota.

O processo civil deixa intocada essa espécie de soberania individual que cada pessoa tem no recinto fechado de sua consciência.

A dialética do princípio dispositivo é um apelo continuado à razão ao sentido de responsabilidade do interlocutor.

Assim, o processo, quando se desenvolve entre partes de boa-fé e entre advogados leais, é *in nuce*, um exemplo perfeito de ordenada e respeitosa cooperação democrática.

8. Apontamentos sobre processo penal

Quanto caminho se tem que percorrer antes que esse respeito à pessoa se aproxime do processo penal!

Este é um terrível tema, que exigiria, por si só, uma exposição mais longa e dolorosa, mas, nesta oportunidade, neste curso de conferências que hoje se encerra, não há tempo nem mesmo para uma breve menção. Só posso dizer isso: que, se o mecanismo do processo civil hoje está em harmonia com a civilidade dos povos livres, o processo penal, também aquele em vigor nos Estados que se dizem democráticos, está mais preso aos costumes do absolutismo ou, talvez ainda mais atrás, aos instintos desumanos da barbárie.

A pena de morte, que teve sua crueldade absurda desmascarada, na metade do século XVIII, pelo imemorável opúsculo de um italiano,[73] só foi abolida na Itália e em poucos outros Estados fiéis a Cesare Beccaria. Os grandes impérios dominadores do mundo mantiveram-na, mesmo se, por palavras, estabeleceram, como fundamento dos seus ordenamentos políticos, a igual dignidade moral de todos os homens e a inviolabilidade da pessoa humana.

No processo penal, o homem é, ainda, em vez de um sujeito, um objeto inerte sob o domínio completo da violência do inquisidor. Delito legalizado é a pena de morte, que torna irreparável o assassino do inocente. Mas todo o processo penal, ainda que não se conduza ao suplício, é uma sequência de irrupções brutais dentro do recinto, que deveria ser inviolável, da personalidade humana. A coerção física é ainda o instrumento preferido do inquisidor. Na incerteza do aprisionamento preventivo, o imputado está sozinho com quem o interroga, sem qualquer garantia de defensor. A tortura, abolida de nome, ressurgiu sob outras formas mais científicas, mas não menos cruéis: o terceiro grau, os interrogatórios extenuantes, as confissões arrancadas e o soro da verdade. E as penas, na maior parte das prisões do mundo, são ainda cruelmente aflitivas e desumanas.

[73] CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (republicado, com prefácio e nota de Piero Calamndrei, pela Le Monnier, Firenze, 1945).

Há, ainda, que percorrer um longo caminho, antes que sejam alcançados os desejos que podem ser lidos em nossa Constituição, a fim de que seja banida "*cada violência física e moral sobre pessoas submetidas a restrições de liberdade*" (art. 13) ou se impeçam as penas que contrariem "*ao sentido de humanidade*" (art. 27).

No processo civil dos povos mais progressistas, cada homem, mesmo diante da autoridade do juiz, é reconhecido como pessoa. No processo penal, diante do inquisidor que o interroga, ou do carcereiro que o aprisiona, o homem ainda é coisa.

"*Não há liberdade cada vez que as leis permitem que, em alguns casos, o homem deixe de ser pessoa, e se torne coisa*".[74] Esta é uma frase de Cesare Beccaria, que eu não me canso de repetir em toda ocasião, porque me parece que, nestas palavras de aparência tão simples, esteja marcada a presença do gênero humano e o programa do que está por vir.

[74] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XXVII.

— VII —

Conclusão

Esta é a conclusão com que se pode encerrar esse nosso ciclo de conversações sobre processo. Uma conclusão que vale para o processo, mas que pode valer, também, como presságio para todos os campos da atividade humana.

Agir, cada um da melhor maneira possível no seu próprio campo, a fim de que o homem, todos os homens, de todas as classes e de todos os países, deixem de ser coisa e se tornem pessoas. Buscar que, para cada homem, se revele e se difunda esse calor comunicativo de compreensão humana, com o qual os habitantes de cada continente cheguem a se reconhecer como irmãos de uma mesma linhagem.

Ainda que venham de países distantes, divididos por oceanos, não esqueçam, quando se encontrarem pela primeira vez, que são velhos amigos. Isto ocorreu comigo, aqui no México, oh amigos mexicanos, que me receberam com tanto carinho: cheguei aqui e, desde o primeiro aperto de mão, eu os reconheci. Eu compreendi que, antes de conhecê-los, éramos velhos amigos. Eu os digo, no momento de deixá-los, com a voz embargada.

Pátria italiana! Pátria mexicana! Mas existe uma pátria maior, da qual somos todos concidadãos: a pátria da ciência, a pátria da justiça, a pátria da amizade.

Não conhecia o México, este grande país encantador, e daqui, depois de três semanas que voaram como um sonho, retorno dele com o mesmo espírito das andorinhas de vossa canção hospitaleira, que, ao emigrar, já pensam no retorno.[75]

Obrigado, amigos do México! Amizade, tu és a minha pátria!

[28 de fevereiro de 1952]

[75] Alude-se a uma célebre canção dedicada às andorinhas, que os mexicanos têm o costume de cantar aos hóspedes que estão por partir, para manifestarem a esperança de vê-los retornar prontamente.